كتاب مناظرة المحاماة

الأستاذ رمزي محمدي

- دروس المواد القانونية
- إصلاح مواضيع الإمتحانات السابقة
- إصلاح إختبارات الأسئلة QCM



2017

الثمن : 30 د

إهداء

إليكم

إلى من كنت ولازلت مثلكم طالبا

باحثا في سبيل العلم والمعرفة.

تقديم

يعتبر هذا الكتاب بمثابة دليل لطالب القانون المقبل على إجتياز مناظرة الدخول للمعهد الأعلى للمحاماة.
ويحتوي العمل المقدم على دروس لجملة المواد التي يقع اجتياز الاختبارات في شأنها بطريقة واضحة وبسيطة ومبسطة وذلك بالإعتماد على المراجع الفقهية وفقه القضائية الهامة وبالإستناد على النصوص والمجلات القانونية وعلى إصلاح للإختبارات السابقة للمناظرة سواء بالسنة الأولى أو السنة الثانية.

- <u>مراحل المناظرة</u>

يمر المحامي قبل الترسيم بالهيئة الوطنية للمحامين بمناظرة للدخول بالمعهد الأعلى للمحاماة ويتم القبول بالمعهد عن طريق مناظرة تفتح للمتحصلين على الأستاذية أو الإجازة في الحقوق أو العلوم القانونية أو ما يعادلها من الشهائد الأجنبية في الحقوق أو العلوم القانونية.وتدوم الدراسة بالمعهد سنتان ويتم القبول أيضا بالمعهد عن طريق مناظرة للمتحصلين على شهادة الماجستير في الحقوق أو العلوم القانونية مع الأستاذية أو الإجازة في الحقوق أو العلوم القانونية أو ما يعادلهما من الشهائد الأجنبية في الحقوق أو العلوم القانونية، ويسجلون بالسنة الثانية.
وقد تم ضبط برنامج المناظرة عن طريق القرار المشترك من وزير العدل وحقوق الإنسان ووزير التعليم العالي والبحث العلمي والتكنولوجيا مؤرخ في 9 نوفمبر 2007 يتعلق بتنظيم مناظرة القبول بالمعهد الأعلى للمحاماة المنقح و المتمم بقرار من وزير العدل ووزير التعليم العالي والبحث العلمي مؤرخ في 29 أكتوبر 2011.
تكون اختبارات مناظرة القبول بالمعهد الأعلى للمحاماة حول برنامج ملحق بهذا القرار، وتحتوي هذه المناظرة على مرحلتين :مرحلة القبول الأولي ومرحلة القبول النهائي.
تتضمن مرحلة القبول الأولي:
ـ اختبار يعتمد تقنية الأسئلة متعددة الاختيارات.
ـ اختبارات كتابية.
تتضمن مرحلة القبول النهائي اختبارات شفاهية حول برنامج المناظرة.
وأحكام المناظرة تختلف بين المترشحين للسنة الأولى والمترشحين للسنة الثانية:

- بالنسبة للمترشحين لمناظرة القبول بالمعهد المتحصلين على الأستاذية أو الإجازة تتوزع مواد وأسئلة الاختبار الذي يعتمد تقنية الأسئلة متعددة الاختيارات على النحو التالي:

1- القانون المدني : 10 أسئلة،
2- القانون الجزائي : 10 أسئلة،
3- القانون التجاري : 10 أسئلة،
4- الإجراءات المدنية والتجارية : 5 أسئلة،

5- الإجراءات الجزائية : 5 أسئلة،
6- النزاعات الإدارية : 5 أسئلة،
7- النزاعات الجبائية : 5 أسئلة.
وتتمثل بقية الاختبارات الكتابية للقبول الأولي في :
1- اختبار في القانون المدني يدوم ساعتين ضارب 3
2- اختبار في القانون الجزائي يدوم ساعتين ضارب 2
3- اختبار في الحريات الأساسية وحقوق الإنسان يدوم ساعة ونصف ضارب 1
تتمثل الاختبارات الشفاهية للقبول النهائي في :
1- اختبار في القانون التجاري ضارب 1
2- اختبار في الإجراءات المدنية والتجارية ضارب 1
3- اختبار في النزاعات الإدارية والجبائية ضارب 1

- بالنسبة للأحكام الخاصة بالمترشحين لمناظرة القبول بالمعهد المتحصلين على شهادة الماجستير

تتوزع مواد وأسئلة الاختبار الذي يعتمد تقنية الأسئلة متعددة الاختيارات بالنسبة للمترشحين لمناظرة القبول بالمعهد المتحصلين على شهادة الماجستير على النحو المنصوص عليه بالفصل 22 من هذا القرار أي فيما يتعلق بالسنة الأولى.
تتمثل بقية الاختبارات الكتابية للقبول الأولي في :
1- اختبار تطبيقي يدوم ثلاث ساعات في الإجراءات المدنية والتجارية والجزائية ضارب 2
2- اختبار يدوم ساعتين في القانون الدولي الخاص ضارب 1
3- اختبار يدوم ساعتين في القانون العقاري ضارب 1
تتمثل الاختبارات الشفاهية للقبول النهائي في :
1- اختبار في قانون المهنة ضارب 1
2- اختبار في طرق التنفيذ ضارب 1

برنامج مناظرة الدخول للمعهد الأعلى للمحاماة

كما وقع التوضيح في العنصر السابق فإن اجتياز مناظرة المحاماة يتعلق بجملة من المواد القانونية التي تعرض لها طالب القانون عند مزاولته للدراسة بكليات الحقوق ومعاهد القانون وقد حدد القرار المذكور في ملحقه برنامجا مفصلا لكل مادة من المواد التي يتم اجتيازها وهي كالتالي :
القانون المدني – القانون الجزائي – القانون التجاري – الإجراءات المدنية والتجارية – الإجراءات الجزائية – النزاعات الإدارية – النزاعات الجبائية – الحريات الأساسية وحقوق الإنسان – القانون الدولي الخاص – القانون العقاري – قانون المهنة – طرق التنفيذ.
وتتمثل محاور هذه المواد في :

القانون المدني:

الحالة المدنيّة، الزّواج، الطّلاق، العدّة، النّفقة، الحضانة، النّسب، أحكام اللّقيط أحكام المفقود، الحجر والرّشد، الوصيّة، الهبة، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين.

الإلتزامات، أسباب تعمير الذّمة، تعمير الذّمة بالعقود وماشاكلها، إثبات تعمير الذّمة وبراءتها، الإلتزامات النّاشئة ممّا يشاكل العقود، الإلتزامات النّاشئة من الجنح وشبه الجنح، إنتقال الإلتزامات، بطلان الإلتزامات، فسخ وإنقضاء الإلتزامات، البيع، الكراء، الوكالة.

القانون الجزائي:

العقوبات وتنفيذها، من يعاقب، المسؤوليّة الجزائيّة، تـوارد الجـرائم والعقوبـات، المحاولة، المخالفات.

القانون التّجاري:

- التّجار، الأعمال التّجارية، الأصل التّجاري، الكمبيالة، سند الأمر، الشيك، إنقـاذ المؤسّسات التّي تمرّ بصعوبات إقتصاديّة، التّفليس، القواعد الخاصّة ببعض العقود التّجاريّة.
- الشّركات التّجاريّة: أنواع الشّركات، إنحلال الشّركات، إندماج الشركات وإنقسامها تغيير شكلها.
- المبادلات والتّجارة الإلكترونيّة.

إجراءات مدنيّة و تجاريّة:

إختصاص المحاكم، مرجع النّظر التّرابي، مرجع النّظر الحكمي، إجـراءات رفـع الدّعوى لدي حكّام النّواحي والإجراءات لدى المحاكم الابتدائيّة ومحاكم الإستئناف، ومحكمة التّعقيب، طرق الطّعن، الوسائل الوقتيّة،الأحكام المشتركة بين المحاكم.

الإجراءات الجزائيّة:

الدّعوى العموميّة والدّعوى المدنيّة، التّحقيق، دائرة الإتّهام، إستئناف التّحقيق لظهور أدلّة جديدة، الإيقاف التّحفظي، محاكم القضاء، إختصاص المحاكم، طرق الطّعن غير العاديّة، إجراءات تنفيذ الأحكام الجزائيّة.

النّزاعات الإداريّة:

تركيبة المحكمة الإداريّة وتنظيمها، مرجع النّظر القضائي للمحكمة الإداريّة، الإجراءات أمام المحكمة الإداريّة، دعوى تجاوز السّلطة، المسؤوليّة الإداريّة ،الإنتزاع للمصلحة العامّة.

النّزاعات الجبائيّة:

المراقبة الجبائيّة المراجعة الجبائيّة، التّوظيف الإجباري، النّزاعات المتعلّقة بأساس الأداء، النّزاعات الجبائيّة الجزائيّة، العقوبات الجبائيّة الإداريّة والجزائيّة.

الحريّات الأساسيّة وحقوق الإنسان:

- المنظومة الأمميّة لحقوق الإنسان،
- المنظومة التّونسيّة لحقوق الإنسان: الهيئة العليا لحقوق الإنسان والحريّات الأساسيّة، حقوق الإنسان في الدّستور التّونسي، المحاكمة العادلة.

القانون الدّولي الخاص:

إختصاص المحاكم التّونسيّة، تنفيذ الأحكام والقرارات القضائيّة الأجنبيّة، القانون المنطبق، الحصانة، تنازع القوانين، حقوق الأشخاص، حقوق العائلة.

القانون العقاري:

حقّ الملكيّة، العقّارات، الرّهن العقّاري، التّسجيل العقّاري وإجراءاته، رسم الملكيّة، ترسيم الحقوق العينيّة العقاريّة، تحيين الرّسوم العقاريّة، تطبيق المفعول المنشئ للتّرسيم على الرّسوم العقاريّة.

قانون المهنة:

أهداف المهنة، شروط التّرسيم، وضعيّات المحامين، هياكل التسيير، تأديب المحامي وطرق العفو، وسائل الطّعن، نظام التّقاعد، الشّركات المهنيّة للمحامين.

طرق التنفيذ:

العقلة التّحفظيّة، العقلة التّوقيفيّة، عقلة مختلف وإحالة المبالغ الرّاجعة بعنوان أجر عن عمل أنجز لفائدة مستأجر، عقلة المنقولات وبيعها، عقلة العقارات وبيعها، عقلة القيم المنقولة وحصص الشّركاء وبيعها، صعوبات التّنفيذ.

الباب الأول

مواد مناظرة الدخول للمعهد الأعلى للمحاماة

العنوان الأول : القانون المدني

تتمثل محاور مواد القانون المدني كما حددها ملحق القرار المتعلق بتنظيم مناظرة المحاماة في :

القانون المدني:

الحالة المدنيّة، الزّواج، الطّلاق، العدّة، النّفقة، الحضانة، النّسب، أحكام اللّقيط، أحكام المفقود، الحجر والرّشد، الوصيّة، الهبة، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين.

الإلتزامات، أسباب تعمير الذّمة، تعمير الذّمة بالعقود وماشاكلها، إثبات تعمير الذّمة وبراءتها، الإلتزامات النّاشئة ممّا يشاكل العقود، الإلتزامات النّاشئة من الجنح وشبه الجنح، إنتقال الإلتزامات، بطلان الإلتزامات، فسخ وإنقضاء الإلتزامات، البيع، الكراء، الوكالة.

- سيتم التطرق لجملة هذه المحاور انطلاقا من مبحثين اثنين :

يتعلق المبحث الأول بقانون الأحوال الشخصية : ويحتوي على محاور الحالة المدنية والزواج والطلاق والعدة والنفقة والحضانة والنسب ونظام الإشتراك في الملكية بين الزوجين وأحكام اللقيط وأحكام المفقود والحجر والرشد والوصية والهبة.
فيما يتعلق المبحث الثاني بقانون الإلتزامات والعقود والمسؤولية المدنية وفيه نتطرق للنظرية العامة للإلتزامات والنظرية العامة للحق ولمادة المسؤولية المدنية ولمادة العقود الخاصة.

العنوان الفرعي 1 : الحالة المدنية والأحوال الشخصية

تعتبر محاضرات الأستاذ ساسي بن حليمة من أهم المراجع الأساسية في مادة قانون الأحوال الشخصية ويمكن الاستعانة بها إلى جانب هذا المصنف عند الرغبة في التوسع في المعلومات.
بالنسبة للمجلات القانونية تعتبر مجلة الأحوال الشخصية المجلة القانونية الأكثر إلماما بمادة قانون العائلة وبالأحوال الشخصية عموما إضافة إلى قانون الحالة المدنية ومجلة الإلتزامات والعقود.
ويحتوي برنامج مناظرة المحاماة فيما يتعلق بمادة الأحوال الشخصية والحالة المدنية على المحاور التالية:
الحالة المدنية وأحكام اللقيط وأحكام المفقود والحجر والرشد والوصية والهبة والزواج والطلاق والعدة والنفقة والحضانة والنسب ونظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين.

الفرع الأول : الحالة المدنية

تم تنظيم الحالة المدنية في تونس بموجب القانون عدد 3 لسنة 1957 والمؤرخ في أول أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية.ويضبط هذا القانون عموما في بابه الأول تحت عنوان الأحكام العامة صفة ضباط الحالة المدنية وأعمالهم ثم يحدد في بابه الثاني كيفية ضبط رسوم الولادات وفي بابه الثالث تنظيم عقود الزواج وترسيمها أما في بابه الرابع فقد حدد كيفية ترسيم الأحكام التي تصدر بالطلاق أو بطلان الزواج أما الباب الخامس فقد اهتم برسوم الوفيات وأما الباب السادس فقد جاء تحت عنوان " في رسوم الحالة المدنية المتعلقة بالجنود والبحارة في بعض الصور الخاصة ".وتعلق الباب السابع والأخير بإجراءات إصلاح رسوم الحالة المدنية.

1 - صفة ضباط الحالة المدنية:

تمنح صفة ضابط الحالة المدنية حسب ما ينص عليه الفصل الأول من قانون 1957 إلى رؤساء البلديات والولاة و المعتمدين الأولين و المعتمدين و العمد و يحدد مرجع نظرهم الترابي بأمر. ويتعهد ضابط الحالة المدنية بتحرير رسوم الحالة المدنية والتنصيص عليها وفقا لموجبات القانون المذكور وشروطه.

وتصنف أعمال ضابط الحالة المدنية إلى أربعة أصناف وهي :

أولا : تلقي التصاريح الخاصة بالوقائع القانونية المتعلقة بالحالة المدنية مثل الولادة والزواج والطلاق والوفاة.وترسيمها بعد التثبت من شرعيتها من حيث شروطها الأصلية والشكلية صلب الدفاتر الجاري بها العمل والمخصصة لذلك.

ثانيا : مسك الدفاتر الآنفة الذكر والمحافظة عليها من التغيير والتلف.

ثالثا : تسليم نسخ ومضامين منها طبقا للتشريع الجاري به العمل

رابعا : إدراج الأحكام والرسوم والتنصيص بالرسوم التي تحتوي عليها الدفاتر على الأحداث التي تطرأ على الحالة المدنية للفرد كالطلاق أو إصلاح الرسم أو إسناد الجنسية.[1]

2 – ضبط رسوم الولادات :

يتم التصريح بالولادة من قبل الأب عند حضوره للولادة ويتم عند غيابه من قبل الطبيب أو القابلة أو كل شخص شهد الوضع (الفصل 24 من قانون الحالة المدنية).

إن الولادات التي يقع التصريح بها هي عندما يكون المولود حيا إذ لا يقع ترسيم ولادة الجنين الذي يسقط قبل تمام المدة الدنيا للحمل أما عند السقط فلا يعتبر المولود حيا بل يقع ترسيمه بدفتر الوفاة فحسب.[2]

يختص ضابط الحالة المدنية بترسيم الولادة التي تتم بدائرته طبقا للفصل 22 من قانون تنظيم الحالة المدنية ويكون أجل التصريح وفق هذا الفصل في ظرف 10 أيام من تاريخ الوضع إذ ينطلق احتساب هذا الأجل من اليوم اللاحق ليوم الولادة ليشمل اليوم العاشر بدخول الغاية وعلى ضابط الحالة المدنية أن يمتنع عن ترسيم الولادة بعد هذا الأجل ولا يمكنه ترسيمها إلا بإذن صادر من المحكمة الإبتدائية بالجهة التي تمت بها الولادة.

---

[1] دليل العمل البلدي لضابط الحالة المدنية :
http://www.cfad.tn/ar/pdf/etat_civil.pdf

[2] منشور كاتبي الدولة للعدل والداخلية تحت عدد 85 بتاريخ 12 ديسمبر 1965.

ويحتوي رسم الولادة على جملة من البيانات حددها كل من الفصل 23 و27 من قانون تنظيم الحالة المدنية والمنشور عدد 85 الصادر عن وزارتي العدل والداخلية بتاريخ 12 ديسمبر 1965.

2 - ضبط رسوم الوفيات

حدد الفصل 43 من قانون الحالة المدنية كيفية التصريح بالوفيات والتي تتم في أجل ثلاثة أيم (الفصل 48) وإذا لم يقع التصريح بالأجل المذكور فإنه لا يمكن لضابط الحالة المدنية ترسيمها بدفاتره إلا بإذن قضائي من رئيس المحكمة الابتدائية بالجهة التي حصلت فيها الوفاة أو إذا كان مكان الوفاة مجهولا فمن طرف رئيس المحكمة التي بدائرتها مقر الهالك.

ويتم ترسيم الوفاة بناء على شهادة طبي تفيد أن الوفاة كانت طبيعية مع بيان تاريخها وتوقيتها أما إذا كانت الوفاة غير طبيعية أي في حالة الوفاة المشبوهة أو الناتجة عن جريمة يتولى ضابط الحالة المدنية إعلام وكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة العدلية بالمنطقة ولا يرسم الوفاة إلا بإذن من أحدهما.

ويحتوي رسم الوفاة على جملة من التنصيصات الهامة وقع تحديدها في الفصل 47 وما بعده من قانون الحالة المدنية.

الفرع الثاني : أحكام اللقيط والمفقود والحجر والرشد

- **أحكام اللقيط :**

حددت أحكام اللقيط في الفصول من 77 إلى 80 من مجلة الأحوال الشخصية والتي تنص على :

الكتاب السابع

في أحكام اللقيـ . ط

الفصل 77 – من تكفل بلقيط واستأذن من الحاكم وجبت عليه نفقته إلى أن يصير قادرا على التكسب، ما لم يكن لذلك اللقيط مال.

الفصل 78 – يبقى اللقيط بيد ملتقطه ولا يأخذه منه أحد إلا إذا ظهر أبواه وحكم الحاكم لهما بذلك.

الفصل 79 – ما يوجد من المتاع في حيازة اللقيط يبقى له.

الفصل 80 – إذا مات اللقيط من غير وارث رجعت مكاسبه إلى صندوق الدولة غير أنه يمكن للملتقط القيام على الدولة بالمطالبة بما أنفقه على اللقيط في حدود مكاسبه.

- **أحكام المفقود :**

حددت أحكام المفقود في الفصول من 81 إلى 84 من مجلة الأحوال الشخصية.ويتم تحديد صفة المفقود بعد ضرب أجل العامين في الحرب قبل إصدار حكم ويبقى تقدير القاضي للمدة خاضعا لسلطته التقديرية في غيرحالة الحرب.

الكتـ ـاب الثامـ ـن
فـ ـ ـي أحكام المـ ـفقـ ـ ـود

الفصل 81 – يعتبر مفقودا كلّ من انقطع خبره وممكن* الكشف عنه حيا.

الفصل 82 – إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه. وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا.

الفصل 83 – إذا فقد الإنسان ولم يكن له وكيل فإن الحاكم يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته من حياته أو يصدر الحكم بفقدانه.

*) وممكن : هكذا وردت بالنص الأصلي.

16

الفصل 84 – إذا كان للمفقود وكيل قبل غيابه لا ينعزل الوكيل إلا بعد الحكم بالفقدان.

- **أحكام الحجر :**

تم تحديد أسباب الحجر ضمن الكتاب العاشر من مجلة الأحوال الشخصية وتتمثل هذه الأسباب في صغر السن و الجنون و ضعف العقل و السفه.

أ / صغر السن :

حسب الفصل 153 فإن المحجور الصغير الذي لم يبلغ سن الثامنة عشر وزواج القاصر يرشده فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية.

نميز في هذا الإطار بين الصغير المميز والصغير غير المميز :

+ الصغير غير المميز : هو من لم يبلغ من العمر 13 سنة كاملة. وتعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو كانت نافعة له ويجب أن يكون للصغير غير المميز ولي ويكون حسب الترتيب المبين بالفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية : الأب – الأم - الوصي - وعند عدم وجود وصي يكون الولي هو المقدم القضائي.

أمافي حالة الطلاق تبقى الولاية للأب ولكن إن أسندت الحضانة للأم فإنها تمنح بعض مشمولات الولاية فيما يتعلق بدراسة المحضون وسفره والتصرف في حساباته المالية ويمكن للقاضي أن يمنح الأم مشمولات الولاية عند غياب الأب أو تقاعسه عن ممارسة صلاحيات الولاية [3] ويمارس الولي سلطاته ولكن تبقى كل أعماله خاضعة لرقابة وكيل الجمهورية وقاضي التقاديم.

+ الصغير المميز : هو من تجاوز الثالثة عشر من العمر ولم يبلغ بعد سن الثامنة عشر ما لم يقع ترشيده قانونيا بالزواج او ترشيدا قضائيا.وتعتبر تصرفاته صحيحة إذا كانت من قبيل أعمال النفع المحض صحيحة ولو دون موافقة وليه اما أعمال التصرف والإدارة (وتسمى أعمال الضرر) فلا تصح الا بحضور وليه او بإجازته اللاحقة.[4]

ب / الجنون وضعف العقل:

[3] الأستاذ محمود داوود يعقوب ، الأهلية ، مدونة الأستاذ على الأنترنت ، نشر بتاريخ 2013/01/03.
http://maitremahmoudyacoub.blogspot.com/2013/03/blog-post.html

[4] الأستاذ محمود داوود يعقوب ، المرجع السابق الذكر.

الجنون وضعف العقل

الفصل 160 -. المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها.

أما ضعيف العقل فهو الشخص غير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات.

الفصل 161 -. يتعين الحجر في الحالات المبينة في الفصل المتقدم بحكم من الحاكم ويعتمد فيه الحاكم أهل المعرفة.

الفصل 162 -. التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة ولي تكون باطلة إذا لم يجزها الولي.

الفصل 163 -. تصرفات المجنون غير نافذة. وتصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها إذا كان مشتهرا بضعف العقل وقت إبرامها.

المجنون هو من فقد عقله بصفة مستمرة او متقطعة حسب الفصل 160 من م أ ش.وفي هذا الإطار لا يمكن اعتبار الاضطرابات العقلية سببا مبررا للحجر إلا بعد إثبات أن هذه الإضطرابات العقلية مفقدة للقدرة على التمييز والإدراك بصفة دائمة.
وتعتبر تصرفات المجنون باطلة بطلانا مطلقا سواء أن كانت نافعة أو ضارة به.ويتم الحجر على المجنون بموجب حكم قضائي بالحجر يتم فيه تعيين مقدم قضائي للقيام بشؤون المجنون وممارسة أعماله تحت رقابة وكيل الجمهورية وقاضي التقاديم.كما يتم رفع الحجر بحكم قضائي ايضا ويمكن للمجنون القيام بمفرده بدعوى لطلب رفع الحجر عنه.
من جهة أخرى فإن ضعيف العقل هو الشخص غير الكامل للوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات حسب الفصل 160 م ا ش.ويتم الحجر بحكم قضائي أما تصرفات ضعيف العقل فتكون صحيحة إذا كانت من أعمال النفع المحض ولو دون موافقة المقدم عليه أما أعمال التصرف والإدارة فلا تصح إلا بحضور المقدم عليه أو بإجازته اللاحقة لهذه الأعمال.

ج / السفه :

الفصل 164 .- السفيه هو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف والحجر عليه يتوقف على حكم من الحاكم.

الفصل 165 .- جميع التصرفات التي باشرها السفيه قبل الحكم صحيحة نافذة ولا رجوع فيها أما التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه.

(1) عوضت العبارة بالفصل 2 من القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 والمتعلق بتوحيد سن الرشد المدني.

32

الفصل 166 .- لا يعتد بإقرار السفيه في الأمور المالية.

السفيه هو الشخص الذي لا يحسن التصرف فيما له ويعمل فيه بالتبذير والإسراف.ويقع الحجر على السفيه بسبب سوء تصرفه ولا يكون إلا بحكم قضائي ومن تاريخ ذلك الحكم.أما بالنسبة لتصرفات السفيه فهي صحيحة إن كانت أعمال النفع المحض ولو دون موافقة المحجور له أما أعمال التصرف والإدارة (وتسمى أعمال الضرر) فلا تصح الا بحضور المحجور له او بإجازته اللاحقة لهذه الأعمال.

الفرع الثالث : الوصية والهبة [5]

- **الجزء الأول : أحكام الوصية**

نظم المشرع التونسي أحكام الوصية في الفصول من 171 إلى 199 من مجلة الأحوال الشخصية وتعتبر الوصية سببا من أسباب اكتساب الملكية إما عن طريق الوصية الاختيارية أو بموجب عقد يسمى بالتصرف المعتبر وصية أو بالوصية الواجبة قانونيا.[6]

الفصل الأول: الوصية الاختيارية

هي تصرف قانوني يستوجب لصحتها العديد من الشروط.

أ) الشروط المتعلقة بالموصي وبشكل الوصية :

- الموصي هو الشخص الذي يتبرع بشيء من ماله إلى ما بعد وفاته (الفصل 171 م أ ش) : يجب أن يكون ذا أهلية كاملة، لكن يمكن أن تصح الوصية من المحجور عليه

[5] أحكام المواريث في القانون التونسي ، فرج القصير Publication: المغاربية للطباعة و النشر و الإشهار 1998.
[6] أحكام المواريث في القانون التونسي ، فرج القصير Publication: المغاربية للطباعة و النشر و الإشهار 1998.

لسفهه أو لضعف عقله ومن الصغير الذي عمره 18 سنة إذا تمت المصادقة على هذه الوصية من قبل القاضي (الفصل 178 م أ ش).

- في حالة فقدان الموصي لعقله بعد تاريخ الوصيّة و كان جنونه مطبقا و مات و هو على هذا الحال فإن الوصية تكون باطلة - الفصل 197 من م أ ش.
- تفترض الوصية لصحتها باعتبارها تصرفا شكليا تعبيرا من الموصي عن الإرادة المتجهة نحو القيام بهذا التصرف وذلك في إطار حجة رسمية أو بكتب محرر ومؤرخ و ممضى من طرفه (الفصل 176 م أ ش).وتنطبق نفس هذه الشروط في صورة الرجوع في الوصية أو تغيير أجزاء من محتواها (الفصل 177 م أ ش)
- عند القيام بكتابة الوصية يمكن للموصي أن يضمنها ما يريد من الشروط، فإذا كان الشرط باطلا فإن الوصية تصح و يبطل الشرط (فصل 172 م أش) إذ يتعلق البكلان بالشرك دون الوصية كاملة.
- لا بد أن تكون إرادة الموصي سليمة من عيوب الرضا و هي الغلط و التغرير و الإكراه (الفصل 43 وما بعده م إ ع).

ب) الشروط المتعلقة بالموصى له:

- الموصى له هو المنتفع بالوصية أي الشخص الذي له حق إمتلاك الموصى به بموجب الوصية .

ليتمتع بالوصية يجب أن لا يكون وارثا أي من بين الورثة عند فتح التركة، و يجب موافقة الورثة عليها وفي صورة موافقة البعض و رفض البعض الآخر فإن هذه الوصية تنفذ في حق من أجازها و تبطل في حق من رفضها.

- يشترط كذلك أن يكون الموصى له موجودا في تاريخ الإيصاء، أمّا بالنسبة للجنين فيشترط أن يوضع حيا في مدة لا تتجاوز العام من تاريخ الإيصاء (184 م أ ش)
- تصح الوصية لفائدة شخص واحد أو لأشخاص متعددين (183 م أ ش) و سواء كان شخصا طبيعيا أو ذاتا معنوية (173 م أ ش). و "تصح الوصية مع اختلاف الدين بين الموصي والموصى له" (174 م أ ش.(
- الوصية لا تصح إلا بقبولها من طرف الموصى له سواء صراحة أو ضمنيا و ذلك بسكوته وتبطل برد هذا الأخير لها (197 م أ ش) ويجب أن يتم هذا الرد إن وجد في أجل أقصاه شهران من تاريخ إعلام الموصى له بالوصيّة (194 م أ ش) و الرد يمكن أن يتم من طرف الموصى له نفسه أو من طرف نائبه (193 م أ ش) إذا كان لهذا الأخير إذن خاص بذلك (1120 م إ ع) أمّا إذا توفي الموصى له في أجل الشهرين فورثته هم الذين تقوم مقامه بقبول أو رفض الوصيّة (194 م أ ش) فإذا اختلفوا فيما بينهم فتنفذ في حق من قبلها و تبطل في حق من ردها (فصل 195 م أ ش).
- يمكن للموصى له قبول جزء من الوصيّة و ردّ جزء منها بشرط موافقة الموصي عند ردّ الوصيّة من قبل الموصى له فلا يمكنه التراجع لأنّها أصبحت من حق الورثة و ردّها له تصبح بمثابة التبرع من الورثة له
- يشترط أن يكون الموصى له على قيد الحياة في تاريخ وفاة الموصي فإذا توفي قبل الموصي تبطل الوصيّة (197 م أ ش)

- يمنع الموصى له من تنفيذ الوصية إذا قتل الموصي حسب صريح الفصل 198 من مجلة الأحوال الشخصية.

ج) الشروط المتعلقة بالموصى به:

+الفصل 179 م أ ش "لا وصيّة لوارث و لا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي.

+الفصل 187 م أش "الوصية لغير الوارث تمضي في الثلث من التركة بدون توقف على إجازة الورثة"

و إذا لم يكن للموصي ورثة يمكن للموصى له أن يشمل كل ما بقي من التركة بعد أداء الديون المتعلقة بها (188 م أ ش)

- عندما يكون الموصى به شيئا معينا بذاته يشترط لصحة الوصية أن يكون ملكا للموصي في تاريخ الوصية و أن يكون موجودا من بين الأموال المكونة للتركة في تاريخ وفاة الموصي، فإذا هلك الموصى به المعين بذاته أو فقد الموصي ملكيته له تبطل الوصية . لكن إذا هلك جزء فقط من الموصى به المعين بذاته أو فقد الموصي جزء فقط من ملكيته له فإن ما بقي من الموصى به في التركة يكون ملكا للموصى له بموجب الوصية أي أن الوصية تنفذ في ما بقي من الموصى به المعين بذاته.

الفصل 171 م أ ش: الموصي به يمكن أن يكون عينا (منقولات، عقارات)أو منفعة (حق الإنتفاع، حق السكنى).

الفصل 190 م أش "القرض بقدر معلوم من المال بطريق الوصية لا ينفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازه الورثة."

فالوصية بالمنفعة هو حق الموصى له في استعمال و استغلال شيء معين بذاته على أن تنتقل ملكية رقبة هذا الشيء إلى غيره و أن لا يكون للموصى له إلا حق الانتفاع به، و مدة الانتفاع تحددها عادة الوصية فإذا لم يقع تحديدها فإنها تنتهي بوفاة المنتفع (157 م ح ع.(

و يمكن أن يكون الموصى به لفائدة إثنين فأكثر من الأشخاص، كأن يكون لأحدهما حق الإنتفاع بالعين و للآخر ملكية الرقبة أو أن يكون لكل واحد منهما جزء من المال الموصى به. و في هذه الحالة تقع قسمة المال الموصى به على الموصى لهم" مع مراعاة قصد الموصي في المفاضلة و التساوي (183 م أ ش).

الفصل الثاني: التصرف المعتبر وصية:

- هو تصرف قانوني يختلف في ظاهره عن الوصية الإختيارية لكن يرمي إلى نفس الهدف و هو تبرع القائم به بشيء من ماله إلى ما بعد وفاته في وقت يشعر به بقرب أجله، و لمنع صاحب المال من التحايل على أحكام الوصيّة، يعتبر القانون هذا التصرف وصية اختيارية أي يجعله خاضعا لأحكامها عند توفر شرطان متلازمان وهما أن يكون صاحب المال مريض موت في القيام بالتصرف وأن يترتب عن هذا التصرف تبرع لفائدة معاقد مريض الموت.

فالتصرف المعتبر وصية هو أولا الهبة الصادرة من مريض الموت.

فإذا ثبت أن الواهب كان مريض في تاريخ الوصية فإن الهبة لا تصح للوارث و لا لغير الوارث في ما زاد على ⅓ ثلث قيمة التركة بعد أداء الديون إلا بإجازة الورثة فصل 179 م أش.

- إسقاط الدين في مرض موت الدائن يعتبر أيضا وصية (354 / 355 م إ ع)، فإذا كان الإسقاط لفائدة وارث فلا يصح إلاّ بإجازة جميع الورثة، فصل 354 م إ ع أمّا إذا كان لفائدة الغير فيجب أن لا يتجاوز ⅓ قيمة التركة بعد أداء الديون الموظفة عليها 355 م إ ع.
- يمكن أن يعتبر عقد البيع وصيّة إذا توفرت شروط الفصل 565 م إ ع و هي إذا ثبت أن أحد أطراف العقد كان مريض مرض موت في تاريخ التعاقد، إذا كان لصالح وارث فلا يصح إلاّ بإجازة كل الورثة ، و يبطل لغير الوارث في ما زاد على ⅓ ما يبقى من التركة من أموال بعد آداء الديون الموظفة عليها.
- الوصية الإختيارية لا تصح لفائدة الوارث إلا بإجازة الورثة 179 م أش.

الفصل الثالث: الوصية الواجبة

- هي تمليك مضاف إلى ما بعد موت صاحب المال لفائدة بعض الأشخاص الذي يمنحهم القانون هذا الحق (171 + 191 م أ ش [7]).
- إن أحكام هذه الوصيّة واردة بالفصلين:

191 + م أ ش: حالة الأحفاد الذين يرثون جدّهم في حالة وفاة أبيهم أو أمهم قبل وفاة الجد أو الجدة و هنا وجبت لهؤولاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرثه أبوهم أو والدتهم، فإن أوصى لهم الجد بأقل وجب تكملة الناقض و إن أوصى بأكثر فتطبق على الزائد القواعد العامة للوصية.

الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الإختيارية و الوصايا الإختيارية متساوية و إن تزاحمت تقسم على التناسب."

192 +م أش: "لا تنصرف هذه الوصية إلا للطبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورا أو إناثا و تقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين."

الوصية الواجبة لا تصح إلا إذا توفرت شروط صحتها و هي :

أ) الشروط المتعلقة بالموصى له:

- تصحّ الوصيّة الواجبة فقط للحفيدة أو الحفيد الذي مات والده أو والدته قبل أو في نفس التاريخ الذي مات فيه المورّث ويجب أن يكون الموصى له موجودا في تاريخ وفاة المورث، أمّا الجنين فلا يستحقها إلا إذا ولد حيا في مدة لا تزيد عن العام من يوم وفاة المورّث.
- لا بد من قبول الوصيّة بصفة صريحة أو ضمنيّة (فصل 193 م أ ش)، فإذا ردها بعد وفاة الموصي فإنّها تبطل (فصل 197 م أ ش) كذلك تبطل الوصيّة الواجبة بقتل الموصى له للمورّث عمدا.
- تصحّ الوصيّة الواجبة بين المورّث و الموصى له مع اختلاف الدين، لكن إذا اختلفت الجنسية فيشترط إذا كان قانون الدولة التي ينتمي لها الموصى له يمنح التونسي نفس الحق، أي المعاملة بالمثل (فصل 175 م أش).

ب) الشروط المتعلقة بالموصى به:

- الموصى به بموجب الوصية الواجبة هو نصيب أب أو أم الموصي له من الميراث في حدود ثلث ما يبقى في التركة من أموال بعد أداء الديون الموظفة عليها (الفصل

[7] أحكام المواريث في القانون التونسي ، فرج القصير Publication: المغاربية للطباعة و النشر و الإشهار 1998.

191 م أ ش) أمّا إذا زاد على الثلث فيمكن لبقيّة الورثة تمليك الموصى له كامل نصيب أمه أو أبيه على أن يكون الزائد على ثلث التركة تبرعا يصح في حق كل من أجازه صراحة و له أهلية التبرع بماله (فصل 179 م أ ش).

- تقدّم الوصيّة الواجبة على الوصيّة الاختيارية إذا كان للموصى له حفيدا أو حفيدة واحدة فإنّه يستحق كامل الموصى به بمفرده، أمّا إذا كانت الوصيّة الواجبة لفائدة عدّة أشخاص فتقسّم "بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين" (فصل 192 م أ ش).
- **الجزء الثاني : أحكام الهبة**

نظم المشرع التونسي الهبة بجملة من الاحكام والنصوص القانونية، ضمنها صلب مجلة الاحوال الشخصية، من الفصل 200، إلى الفصل 213، وقد عرفها على انها عقد بمقتضاه يُمِلِكُ شخص آخر مالا بدون عوض، ويجوز للواهب دون ان يتجرد عن نية التبرع، ان يفرض على الموهوب له القيام بإلتزام معيّن وتسمى «هبة عوض». ولا تصح الهبة الا بوجود حجة رسمية، والحقوق العينية المترتبة عنها بالنسبة للعقارات المسجلة، لا تكون الا بترسيمها بالسجل العقاري. أما في ما يخص المنقولات المادية، فالهبة تصح بالمناولة، على معنى الفصل 204 من مجلة الاحوال الشخصية، المنقح بالقانون عدد 48 لسنة 1992، المؤرخ في 4 ماي 1992.

<u>للهبة شروط وآثار :</u>

أ - شروط الهبة:

شروط شكلية : حجة رسمية و في العقارات المسجلة تقتضي ترسيم العقد بالسجل العقاري

شروط جوهرية : تسليم الموهوب

ب - آثارها:

حل الموهوب محل الواهب

حق الرجوع : دعوى الرجوع عام أو 10 أعوام .

<u>هل يمكن للواهب الرجوع في الهبة [8] ؟</u>

اقتضى الفصل 210 من م.أ.ش أنه "يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونا طلب الرجوع في هبته لأحد الأسباب الآتية ما لم يوجد مانع من الموانع الواردة بالفصل 212 من م.أ.ش.

(1إذا أخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا منه.

(2إذا أصبح الواهب عاجزا من أن يوفّر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو إذا أصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة.

(3 إن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع.

ولا ينتقل هذا الحق إلى ورثة الواهب إلا إذا سبق منه القيام بدعوى الرجوع أو إذا توفي قبل مرور عام على حصول الجحود.

الفرع الرابع : قانون العائلة

[8] فقه القضاء: قرار تعقيبي مدني عدد 12135 مؤرخ في19 نوفمبر :2007 المبدأ: لا يمكن طلب الرجوع في الهبة على أساس إعسار الواهب ضرورة أن محكمة البداية التي أقرت محكمة القرار المنتقد حكمها حققت في هذه المسألة وأذنت بإجراء بحث اجتماعي ثبت من خلاله عدم تغير الوضع المادي للواهب الذي كان يعيش قبل الهبة وبعدها نفس الظروف المادية المتواضعة.

الزواج والطلاق والنسب والعدة والنفقة والحضانة والنسب ونظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين

لم يعرف المشرع التونسي الزواج ولم يورد له تعريفا بمجلة الأحوال الشخصية.ويلاحظ أن هذا المنحى متبع حتى في القوانين المقارنة.

يعرف الأستاذ ساسي بن حليمة الزواج بكونه "عقد رسمي بين رجل وامرأة قصد الحياة المشتركة."كما يثار بمناسبة الحديث عن الزواج نقاش حول الصبغة الدينية أو المدنية للزواج إذ أن الزواج يعتبر مقدسا في جميع الأديان كالدين الإسلامي والدين المسيحي ويكون لدى الكنيسة أو المسجد لكنه أصبح في المجتمعات الحديثة ذو صبغة مدنية ويقام لدى المصالح الإدارية والعمومية للدولة وتتدخل السلطة القضائية في مسألة حل عقدة الزواج فيما بعد.

المسألة الأخرى التي يثار حولها النقاش حول طبيعة الزواج هي : هل أن الزواج عقد أم مؤسسة ؟

وقد انبثق هذا النقاش لدى الفقه الفرنسي إذ اعتبر شق منهم أن الزواج مؤسسة لا يمكن وضع حد لها ولكن هذه الحجة لم تبد مقنعة بالنسبة للعميد " كاربونيي " الذي أكد إمكانية وضع حد للزواج عن طريق مبدأ الطلاق.أما الأستاذ ساسي بن حليمة فيتبنى موقفا يجمع بين الرأيين فالزواج يبدأ كعقد عند إبرامه ويصبح مؤسسة في آثاره ولا ينحل إلا لدى المحكمة.

الجزء الأول : الخطبة أو المراكنة

يمكن دراسة الخطبة انطلاقا من مسألتين الطبيعة القانونية للخطبة والآثار القانونية للخطبة.

- **الطبيعة القانونية للخطبة :**

المشرع الفرنسي تجاهل مسألة الخطبة ولم يتعاطى معها أما المشرع التونسي فقد تعرض لها في الفصلين الأول والثاني من م.أ.ش وكانت أغلب النصوص المتعلقة بها في القوانين العربية لا تتعدى الفصل أو ثلاث فصول.

جاء بالفصل الأول أن " كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به."

ويتضح من هذا النص أن المشرع التونسي لم يورد صبغة إلزامية للخطبة وبالتالي ليست لها طبيعة العقد لكن حاول بعض رجال القانون بيان أن الخطبة عقد ملزم ونجد في هذا الإطار آراء كل من الفقيه الفرنسي Josserand وكذلك الأستاذ المنصف بوقرة وذلك لتوفر الرضا والالتزامات المتبادلة ولتوفر الشرط الخاص في القانون التونسي المتعلق بالخطبة.

- **الآثار القانونية للخطبة :**

تنبثق عن الخطبة عدة آثار يمكن أن تقسم إلى صنفين آثار ناتجة عن النكول المتعلقة بتعويض الضرر وإرجاع الهدايا وآثار في صورة وفاة أحد الخطيبين تتعلق بتعويض الضرر بالنسبة لمن بقي على قيد الحياة وفي نسب ابن الخطيبين في صورة وجود مولود.

1/ **إرجاع الهدايا :** درج العرف على أن الخاطب هو الذي يهدي لكن المشرع اعتبر أن كلا الخطيبين يمكن أن يقدم هدايا ولهذا أتى تنقيح الفصل 2 من م.أ.ش في 12 جويلية 1993 لينّص الفصل في صيغته الجديدة على ما يلي : " لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص."

بالتالي فإن استرجاع الهدايا يفترض شرط عدم النكول من قبل المطالب بالاسترجاع غير أن الأمور قد تبدوا معقدة إذ يمكن للرجل مثلا أن ينكل خطبته ويتمسك أمام المحكمة بسوء سلوك خطيبته الذي دفعه لذلك ويبقى الأمر كما يؤكد الأستاذ ساسي بن حليمة موكولا لاجتهاد المحكمة في تقدير وجود النكول من عدمه وفي إمكانية استرجاع الهدايا من عدمها ويخضع إثبات الهدايا للإثبات بجميع الوسائل.

كما تطرح مسألة إرجاع الهدايا سؤالا آخر حول حق ورثة الطرف الذي لم ينكل الخطبة في المطالبة باسترجاع الهدايا وفي هذا الإطار جاء قرار محكمة التعقيب عدد 4146 في 11 مارس 1982 الذي ورد فيه " بما أن العدول ليس من قبل الخاطب فإنه يحق لأهله استرجاع الهدايا."

2 / تعويض الضرر الناشئ عن النكول :

يمكن بافتراض الصبغة التعاقدية للخطبة أن يتم تعويض الضرر بناء على الإخلال بالتزام تعاقدي وبما أن الخطبة ليست ذات صبغة إلزامية فإن السؤال يطرح حول إمكانية التعويض عن الضرر.

بالنسبة لفقه القضاء التونسي لا نجد أحكاما في هذا المجال إلا قرارا وحيدا هو القرار عدد 1556 في 03 مارس 1959 [9] وجاء في القرار ما يلي : " إن الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله التي تكمن في حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا المطالبة بغرم ناتج عن عدم الوفاء بالالتزام."

وكانت محكمة التعقيب واضحة بشأن عدم إلزامية الخطبة وبشأن الحق في النكول والحق في التعويض عن النكول المسيء تبعا للتعسف في استعمال الحق كما جاء بالفصل 103 من م.ا.ع لكن المحكمة لم تقف عند هذا الحد وأشارت إلى الجنحة المدنية كأساس للتعويض وهذه الإشارة توحي لانطباق الفصلين 82 في الجنحة و 83 في شبه الجنحة وهو ما يشكل تناقضا في حكم المحكمة بين الإشارة للتعسف في استعمال الحق من جهة وبين الإشارة إلى الجنحة التي تقتضي إثبات الخطأ من جهة ثانية [10].

3 / تعويض الضرر في صورة حادث قاتل :

هل يمكن لمن بقي حيا أن يطالب بتعويض للضرر الناشئ عن مقتل الخطيب ؟

بالنسبة لفقه القضاء التونسي فالسؤال لم يقع التعرض له ولعل مبرر ذلك جريان العمل للتعويض للأقارب فقط من الزوجين والأبناء والإخوة والأبوين. أما فقه القضاء الفرنسي فإنها كان يرفض التعويض لكنه تطور شيئا فشيئا خاصة فقه قضاء الدائرة الجنائية وذلك بشرط أن يكون الزواج وشيكا [11].

4 / نسب ابن الخطيبين :

يطرح الأستاذ ساسي بن حليمة عدة احتمالات ويضع لكل منها حلا محتملا :

---

9 مجلة القضاء والتشريع عدد 6 لسنة 1959 ، صفحة 30 .

10 الأستاذ ساسي بن حليمة ، محاضرات في القانون المدني ، ص 25 ، دروس مرقونة.

11 الأستاذ ساسي بن حليمة ، مرجع سبق ذكره ، ص 28.

الاحتمال الأول في صورة تزوج الخطيبين فإن الطفل سيلحق بالخاطب الذي أصبح زوجا على أساس أنه كان مرتبطا بزواج غير رسمي واعترف بالطفل.

الاحتمال الثاني في صورة عدم زواجهما فإن الطفل يلحق بإقرار الخاطب بنسبه عملا بأحكام الفصل 68 من م.أ.ش [12].

الاحتمال الثالث : عند عدم وجود الزواج بين الخطيبين وعدم إقرار النسب من طرف الخاطب فهل يمكن أن يثبت الطفل نسبه إزاء الخاطب ؟ وفي هذا الإطار فإن الأجوبة متباينة لدى محكمة التعقيب ومن القرارات الصادرة نجد القرار عدد 26431 في 2 جوان 1992 [13] والقرار عدد 43354 في 18 أكتوبر 1996 [14] وبالتالي فإن الخاطب إذا كان يرفض إلحاق ابنه لا يمكن للابن أن يثبت النسب.

كما نجد من جهة أخرى قرارات أخرى في فترة يعبر عنها الأستاذ ساسي بن حليمة بقوله "نزعة تشوق لإثبات الأنساب " تجسمت على صعيد فقه القضاء خاصة في القرار عدد 5350 في 2 أفريل 1986 [15] الذي ارتكبت فيه المحكمة "خرقا محمودا " ، والعبارة كذلك للأستاذ ساسي بن حليمة ، لتمكين الطفل من إثبات نسبه.

كما سن المشرع القانون عدد 75 في 28 أكتوبر 1998 يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب وبين فيه المشرع مسألة إثبات البنوة إما بإقرار الأب أوبالشهادة أو بالتحليل الجيني وإثبات البنوة يكسب الحق في اللقب العائلي وفي النفقة [16] ويمكن أن يشمل هذا الإثبات ابن الخطيبين.

<u>الجزء الثاني : إبرام عقد الزواج :</u>

يفترض عقد الزواج شروطا جوهرية وشروطا شكلية.

<u>الفصل الأول : الشروط الجوهرية :</u> تنقسم إلى شروط ذاتية وشروط اجتماعية.

<u>القسم الأول : الشروط الذاتية :</u>

<u>1 / الأهلية :</u> نص الفصل 5 من م.أ.ش بعد تنقيحه بالقانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007 على أن سن الزواج 18 سنة. قبل هذه السن يتوقف قبل هذه السن يتوقف الزواج على إذن من القاضي كما تثار مسألة زواج السفيه والمجنون.

---

[12] الفصل 68 من م.أ.ش : " يثبت النسب بإقرار الأب . "

[13] جاء بالقرار : " إنّ الفصل الأول من م.أ.ش لم يرتب عن الخطبة زواجا ولا يقضى بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين فكل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به فلا يحل ولا يحق للخطيبين تجاوز حدود الحكم من الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصالا غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خنائية لا يترتب عنها نسبيا "

[14] جاء بالقرار ما يلي : " لا يثبت النسب بمجرد وعد بالزواج إذ أن العلاقة لا تعدو عندئذ أن تكون إلا علاقة خنائية غير مثبتة للنسب ".

[15] جاء بالقرار ما يلي : " الوعد بالزواج إذا كان موجودا يعني تبادل الرضاء بين الطرفين لكن بصورة غير رسمية لذا فإن هذا الزواج زواجا باطلا على معنى الفصل 36 من قانون 1 أوت 1957 المثبت للنسب عملا بأحكام الفصل 36 مكرر من القانون نفسه."

[16] أضاف المشرع في تنقيحه للقانون عدد 75 بموجب القانون عدد 51 المؤرخ في 7 جويلية 2003 في الفصل 3 مكرر في فقرته الرابعة : " ويخول للطفل الذي تثبت بنوته الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها في القانون."

- الإذن بالزواج له شرطان الأسباب الخطيرة و المصلحة الواضحة للزوجين / موافقة الولي والأم.
الإذن بالزواج من إختصاص رئيس المحكمة الإبتدائية وهو عمل ولائي يقدم في شكل إذن على عريضة يقدم في نظيرين ويكون مرفوقا ببعض الوثائق من بينها مضمون ولادة للزوج المراد التحصيل في شأنه وكشف طبي يثبت القدرة على الزواج. قد ينقلب إلى عمل قضائي إذا تم الطعن فيه و خاصة من النيابة العمومية .
اعتبرت محكمة التعقيب أن الإذن بالزواج ينطلق كعمل ولائي ثم يتحول إلى عمل قضائي إذا وقع الطعن فيه.
- السفيه : ينص الفصل 7 من م أ ش أن زواج السفيه يحتاج لموافقة المحجور له أما إذا تزوج دون موافقة و وقع الدخول فيعتبر الزواج صحيح أما إذا لم يقع الدخول فيمكن للمحجور له أن يطلب بطلان الزواج .
- المجنون : ينص الفصل 162 من م أ ش أن تصرفات المجنون باطلة إذا لم يجزها المحجور له.

<u>2 / الكشف الطبي :</u> نص القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 على شرط الكشف الطبي السابق للزواج.

إذ يقوم الطبيب بإجراء الفحوصات الطبية للكشف عن سلامة الزوجين ولا يمكنه أن يسلم الكشف الطبي إذا تبين وجود مرض معد.

نص المشرع كذلك على الإعفاء من هذا الشرط في حالة الإحتضار والفائدة من ذلك إكساب الطفل المنتظر وضعية ابن شرعي.

إن الإخلال بهذا الشرط يؤدي إلى تتبعات جزائية تصل عقوبتها إلى 100 د ضد العدلين أو ضابط الحالة المدنية و عقوبات أخرى ضد من سعى عمدا لنقل مرض ساري. [17]

<u>3 / التباين في الجنس :</u> يستنتج هذا الفصل من العبارات المستعملة فالمشرع يستعمل عبارات الرجل والمرأة / الزوج والزوجة.ويثير هذا الشرط إشكالا في البلدان التي تنادي بما يسمى " بالزواج المثلي " .

<u>4 / الشرط النفساني : الرضا :</u> نص الفصل 3 من م.أ.ش على أن الزواج لا ينعقد إلا برضا الطرفين.

ويجب في الرضا أن تتوفر فيه الشروط العامة التي تقتضيه مثلما هو في القانون المدني العام وهو أن يكون موجودا وجديا وغير معيب.

<u>القسم الثاني : الشروط الاجتماعية :</u>

<u>1 / شهادة شاهدين من أهل الثقة :</u> نص الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية في فقرته الثانية على أنه : " ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة ... "

---

[17] الفصلان 11 و 18 من القانون عدد 71 لسنة 1991 المؤرخ في 27 جويلية 1992 .

2/ المهر : هي مؤسسة تستمد جذورها من الفقه الإسلامي وتفترض تسمية مهر للزوجة حسب منطوق الفصل 3 من م.أ.ش.

وقد جاء بالفصل 12 بأن " كل ما كان مباحا ومقوما بالمال تصلح تسميته مهرا وهو ملكا للمرأة ." وبالتالي فإن المهر قد يكون منقولا أو عقارا بشرط أن يكون مباحا. أما الفصل 32 من قانون الحالة المدنية فيقتضي التنصيص على المهر فدفع المهر ليس شرطا لصحة الزواج وإنما فقط التنصيص عليه.

ولكن يبقى للزوجة الامتناع عن الدخول في صورة عدم دفع المهر وإذا حصل الطلاق فلها نصف المهر وفي صورة الدخول فإن المهر يبقى دينا حسب ما ينص عليه الفصل 13 من م.أ.ش الذي جاء به " أنه ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق. "

3/ موانع الزواج : صنف الفصل 14 من م.أ.ش موانع الزواج إلى موانع مؤبدة وموانع مؤقتة وهذا الفصل ينسجم مع منطوق الفصل 5 من نفس المجلة الذي يشترط أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية.

- الموانع المؤبدة : تتمثل في :

+ التطليق ثلاثا : الفصل 19 من م.أ.ش : يستمد هذا الشرط من الشريعة الإسلامية ويفترض التطليق صدور حكم قضائي.

+ المحرمات بالقرابة :الفصل 15 من م.أ.ش " المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن عاد ".

+ المحرمات بالمصاهرة : الفصل 16 من المجلة : وهم أصول الزوجات بمجرد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالأم وزوجات الآباء وإن علو وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد.

+ المحرمات بالرضاع :الفصل 17 .

جاء في القرار التعقيبي عدد 319 في 17 جانفي 1961 ما يلي :

" يخول القانون للنيابة العمومية القيام بالدعاوي المتعلقة بحقوق الأسرة لأنها راجعة للنظام العام مثل طلب فسخ النكاح لأم الزوجة أخت الزوج من الرضاع ..ومن الممكن إثبات الرضاع بشهادة النساء إذا أفشين ذلك قبل إبرام العقد المطلوب فسخه لأجل الرضاع." ونجد كذلك الموانع الناشئة من التبني و الإبن المسند إليه لقب عائلي.

- الموانع المؤقتة : هي التعدد في الزواج وتعلق حق الغير بعدة حسب ما ينص عليه الفصل 14 من م.أش إضافة إلى حالة إضافية أثارت نقاشا فقهيا تتمثل في الاختلاف في الدين بين الزوجين.

+ تعدد الزوجات : جاء بالفصل 18 أن " تعدد الزوجات ممنوع " وبالتالي فإنه ليس هناك إمكانية لوجود عقد زواج ثان مع وجود زواج أول.

ويعتبر التعدد جريمة يعاقب عليها المشرع بالسجن لمدة عام وخطية قدرها 240 د أو بإحدى العقوبتين وتختص محكمة الناحية بالنظر في ذلك. وتعتبر المرأة التي تعلم أن الزوج متزوج وتتزوج به شريكة وتعاقب بنفس العقاب.

+ تعلق حق الغير بعدة : العدة هي آجل تتربص فيه المرأة قبل إبرام زواج آخر وذلك لتلافي اختلاط النسب وهذا الآجل هو للمطلقة غير الحامل ثلاثة أشهر وللمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرة أيام أما للحامل فعدتها وضع حملها على أن تكون مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة وذلك حسب ما ينص عليه الفصل 35 من م.أ.ش.

+ الاختلاف في الدين : طرح الإشكال حول إمكانية زواج المسلمة من غير المسلم وتعددت الآراء [18] بين المقر بصحته والمقر ببطلانه في ظل غياب نص تشريعي صريح.

ويستند كل طرف على حجج معينة .

الرأي المساند لزواج المسلمة بغير المسلم :

يعتبر هذا الرأي أن تنصيص الفصل 5 من م.أ.ش على عبارة " الموانع الشرعية " يقصد به الموانع القانونية وبالرجوع لبقية الفصول نجد عدم ذكر للتباين في الدين كمانع قانوني .

يستند هذا الرأي كذلك على مصادقة الدولة التونسية على اتفاقية نيويورك في سنة 1967 والتي تكرس لحرية الزواج مهما كانت جنسية الزوج أو لونه أو دينه.

الرأي المعارض لزواج المسلمة بغير المسلم :

يستند هذا الرأي إلى الفصل الأول من الدستور التونسي الذي ينص على أن دين الدولة هو الإسلام وبالتالي فإن مثل هذا الزواج مخالف للإسلام خاصة وأن عبارة " الموانع الشرعية " المستعملة في الفصل 5 من م.أ.ش هي عبارة فقهية مستمدة من الفقه الإسلامي وتعني حسب هذا الرأي الموانع التي نص عليها الدين الإسلامي ومنها التباين في الدين.

وفي هذا الإطار يمكن ذكر منشور وزارة العدل لسنة 1973 الذي حجرت فيه على ضباط الحالة المدنية وعدول الإشهاد تحرير عقد زواج بين مسلمة وغير مسلم والذي تم إلغاءه مؤخرا في 8 سبتمبر 2008 ومازال لحد اللحظة يخلق جدلا داخل الأوساط القانونية.

موقف فقه القضاء : لم يطرح الإشكال أمام فقه القضاء بصفة صريحة وتعتبر أكثر القرارات في هذا الشأن القرار المعروف ب " قرار حورية " [19] والذي تعلق بمسألة تمكين البنت المتزوجة من غير المسلم من الإرث أو حرمانها منه.

---

[18] مقال للأستاذ الهادي كرو " زواج المسلمة بغير المسلم ومصادقة الدولة التونسية على اتفاقية نيويورك في 10 ديسمبر 1962.

[19] القرار عدد 3384 المؤرخ في 31 جانفي 1966 .

يورد الأستاذ ساسي بن حليمة مثالا آخر يتمثل في قرار تعقيبي جزائي تعلقت بتتبع جزائي ضد تونسية خالطت إيطاليا غير مسلم ووقع التمسك ببطلان الزواج ويؤكد أن محكمة التعقيب ركزت على وجود بطلان الزواج المبرم على خلاف الصيغ القانونية دون الاهتمام بمسألة التباين في الدين.[20]

<u>الفصل الثاني : الشروط الشكلية :</u>

<u>**المبحث الأول : السلط المختصة :**</u> يختص عدول الإشهاد و ضباط الحالة المدنية بإبرام عقود الزواج داخل التراب التونسي أما إذا ابرم زواج خارج البلاد التونسية فيكون من اختصاص الأعوان الدبلوماسيين والقناصل.

<u>**المبحث الثاني : الكتب :**</u> يعتبر الكتب شرط صحة يبطل دونه الزواج وفق ما ينص عليه الفصلان 13 و 36 من قانون الحالة المدنية.

يمكن إبرام الزواج عن طريق كتب الوكالة إذ جاء بالفصل 9 من مجلة الأحوال الشخصية " للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا." ويشترط في التوكيل أن يكون في حجة رسمية ويتضمن صراحة تعيين الزوجين وإلا عد باطلا كما يتضمن نظام الأموال بين الزوجين.

يفترض عقد الزواج في بعض الحالات مجموعة من الرخص الإدارية مثلما هو الشأن لزواج الأمني والدبلوماسي والعسكري.

<u>الجزء الثالث : آثار العلاقة الزوجية :</u>

<u>الفصل الأول : الواجبات الشخصية :</u>

تتمثل الواجبات الشخصية في عقد الزواج في واجب المعاشرة وواجب المعاملة بالمعروف وواجب الوفاء.

وهذا هو مناط الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء به :

الفصل 23 – على كلّ واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنّب إلحاق الضرر به.

ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة.

ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية.

وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة. وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال[2].

الفصل الثاني : الآثار المالية :

---

[20] محكمة التعقيب تورد في قرارها : " بأن ذلك لا يهم فمهما كان هذا الزواج باطل أو غير باطل فإن الجريمة تعتبر قائمة " ساسي بن حليمة ، محاضرات في القانون المدني ، ص 52.

المبحث الأول : النفقة :

1 / قيام واجب النفقة :

- يفترض لقيام واجب النفقة وجود شرطان :

عقد زواج صحيح تفترض فيه الشروط المستوجبة لهذا العقد بما فيها الشروط الجوهرية والشكلية.

الدخول : والدخول نوعان دخول حكمي ودخول فعلي .

مدة العدة : النفقة تشمل المطلقة مدة عدتها.

- مشمولات النفقة : جاء الفصل 50 م أ ش ناصا على مشمولات النفقة وهي الطعام والكسوة والمسكن والتعليم والضروريات بالعرف و العادة
- تقدير النفقة : تقدر النفقة وفق صريح الفصل 52 م ا ش وفق معيارين :

المعيار الأول وسع المنفق و حال المنفق عليه أما المعيار الثاني فحال المنفق عليه و الأسعار .

2/ أداء النفقة :

- صعوبة التفصي :

لا يمكن التفصي من واجب النفقة إلا في حالتين حالة أولى قررها القانون وحالة ثانية أقرها فقه القضاء :

تتمثل الحالة الأولى في إعسار الزوج والإعسار يثبت بجميع الوسائل باعتباره واقعة قانونية. وينص الفصل 39 على ما يلي :

الفصل 39 - لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامهما عن الإنفاق طلقت عليه زوجته. وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق.

تتمثل الحالة الثانية في النشوز أي الإخلال بواجب المساكنة وقد تم إقرارها قضائيا.[21] ولم يعرف القانون التونسي صلب مجلة الأحوال الشخصية مفهوم المرأة الناشز.

---

[21] فقه القضاء :

قرار تعقيبي مدني عدد 1950 مؤرخ في 11 جويلية 2000:

المبدأ:

إن امتناع الزوجة عن مساكنة زوجها من شأنه ان يلحق ضررا بهذا الاخير ويعد إخلالا منها بواجب حسن المعاشرة وموجبا للطلاق للضرر بناء على ثبوت النشوز.

قرار تعقيبي مدني عدد 18627 مؤرخ في 27 ديسمبر 2002:

المبدأ:

يثبت نشوز الزوجة من عدم رغبتها في مساكنة زوجها دون أي مبرر معقول وهو ما يتعارض ووقائع قضية الحال والتي أثبت أن عدم مساكنة الزوجة لزوجها إنما تبرره مواصلة هذه الأخيرة لدراستها بالخارج والتي لم ينكر زوجها موافقته عليها.

إلا أن فقه القضاء استقر على اعتبار أن المرأة الناشز هي تلك التي غادرت محل الزوجية بمحض إرادتها وامتنعت عن القيام بواجباتها الزوجية وذلك بالرغم من التنبيه عليها من قبل الزوج بالرجوع إلى محل الزوجية وامتناعها عن ذلك إلاّ إذا أثبتت أن بقاءها بمحل الزوجية رفقة زوجها من شأنه أن يمثل خطرًا عليها أو يلحق ضررا بها نتيجة الاعتداء عليها بالعنف مثلا.

ويمكن القول أن النشوز بالنسبة إلى الزوجة هو بصفة عامة الامتناع من إتمام الالتزام بالمساكنة والتملص من الواجبات الزوجية، سواء تركت الزوجة زوجها بمحل الزوجية الذي غادرته، أو أنّها تحصّنت بمحل الزوجية ومنعت الزوج من الدخول إليه.

- <u>الإخلال بواجب الإتفاق :</u>

إن النفقة ذات صبغة معاشية وهي من أختصاص حاكم الناحية في صورة رفعها كقضية بصفة أصلية ومن اختصاص المحكمة الابتدائية إذا رفعت فرعيا مع دعوى الطلاق الأصلية

ويؤدي الإخلال بالنفقة إلى جريمة الإخلال بواجب النفقة أو ما تسمى بجريمة إهمال عيال التي تفترض : صدور حكم بالنفقة وعدم الأداء عمدا لمدة شهر وفق ما ينص عليه الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية .

قرار تعقيبي مدني عدد 7742 مؤرخ في 2 مارس 2006
المبدأ:
عللت المحكمة قضاءها لصالح الدعوى بأن إقامة الزوج ببنزرت كانت مبررة بعمله هناك وبعد تقاعده واستقلال أبنائه عنه عاد لمسقط رأسه وأصرت الزوجة حتى لدى الطور الاستئنافي على رفض مساكنة زوجها بباجة بالمحل الذي أعده والذي أكد البحث الاجتماعي أنه في حالة جيدة وتتوفر به المرافق الصحية والتهوئة اللازمة وهو ما دفع المحكمة إلى تجاهل طلب التحرير من جديد على الطرفين لانعدام الجدوى من ذلك بعد أن حددت الزوجة موقفها مما يجعلها ناشزا كما أن الزوجة لم تدل بما يفيد نشر قضية جزائية إلا بعد حجز القضية للمفاوضة لدى الطور الثاني وليس لتلك القضية تأثير على وجه الفصل في قضية الحال.
قرار تعقيبي مدني عدد 8493 مؤرخ في 20 أفريل 2006:
المبدأ:
إن رفض الزوجة معاشرة زوجها وامتناعها للمساكنة بالمحل الذي أعده الزوج للغرض كان مبررا ضرورة أن محل السكنى المعروض عليها كان محل سكنى والدي الزوج تقطن به الأرملة وأبناؤها وقد تمسكت هذه الأرملة بأن ابنها الطاعن الآن لا يملك أي شيء معهم في خصوص محل السكنى إضافة إلى أن هذا المحل يتكون من ثلاثة غرف ويأوي عدد 5 أنفار وبالتالي فلا يمكن للزوج أن يتمسك بأنه وفّر للزوجة محلا للسكنى تتوفر به أدنى مقومات العيش.
قرار تعقيبي مدني عدد 8539 مؤرخ في 9 مارس 2006:
المبدأ:
لا يمكن التمسك بتسبب الزوجة في مضرة زوجها باعتبار أنها كانت مرغمة على مغادرة محل الزوجية نظرا لطرد زوجها لها منه ثم لعدم اتفاقه عليها وفق ما يقتضيه العرف والعادة مما اضطرها إلى الالتحاق بيت ذويها.
قرار تعقيبي مدني عدد 8794 مؤرخ في 2 مارس 2006:
المبدأ:
طالما تعذر على الزوج الالتحاق بألمانيا لأسباب خارجة عن إرادته ومتسببة فيها أساسا الزوجة فإنه يجب على هذه الأخيرة الالتحاق بمحل الزوجية الذي اختاره الزوج ضرورة أن المساكنة من أهم الواجبات المحمولة على الزوجة وطالما امتنعت الزوجة من مساكنة زوجها بالمحل الذي اختاره وغادرت محل الزوجية دون مبرر شرعي فإنها تعتبر ناشزا ومخلة بواجباتها المفروضة عليها قانونا بقطع النظر عن كل اتفاق يخل بهذا الواجب.

الفصل 53 (مكرّر) – كلّ من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدّة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار (100د) إلى ألف دينار (1000د).

والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب.

ويتولّى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلدّده وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق.

ويحلّ هذا الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها[1].

المبحث الثاني : نظام الأموال :

يصنف نظام الأموال بين الأزواج إلى نوعين نظام مبدئي **هو نظام الفصل بين الأموال** مناط الفصل 24 من م.أ.ش الذي جاء فيه :

الفصل 24 – لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصّة بها.

ونظام اختياري **هو نظام الإشتراك في الأموال** المكرس في القانون عدد 91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998.

يمثل نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين الذي أرساه المشرع التونسي بموجب القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 استمرارا للوجه التشريعي نحو تكريس التعاون بين الزوجين في إطار العائلة و اعتراف بمجهودات الزوجة التي أصبحت تكتسح سوق العمل و تشارك الزوج الأعباء المالية الناتجة عن الحياة الزوجية؛ و تساهم أحيانا في توفير المسكن العائلي.

و يمثل الاشتراك في الأملاك بصيغته الحالية في القانون التونسي نظاما ماليا اختياريا يتفق عليه الزوجان عند إبرام الزواج أو حتى بعده وبصفة مستقلة ضمن كتب لاحق منفصل عن الكتب المتضمن لعقد الزواج...

وينتج عن سكوت الزوجان أو عدم اتفاقهما على النظام المالي الذي يختار أن عند الزواج الالتجاء آليا إلى تطبيق نظام الفصل في الأموال باعتباره المبدأ و الأصل ؛ و على المأمور العمومي المحرر لعقد الزواج أن يذكر الطرفين بمحتوى هذا النظام و شروطه.

ويشمل نظام الاشتراك العقارات المكتسبة بعد تاريخ الزواج و المعدة للاستغلال العائلي لهذا فان المنقولات كالسيارة أو الأثاث لا تدخل ضمن المال المشترك ولو تم اكتسابها بعد الزواج كما انه من جهة أخرى لا تعتبر مشتركة العقارات غير المعدة للاستعمال العائلي من ذلك مثلا العقار المعد للاستعمال المهني لأحد الزوجين. أخيرا لا تعتبر ضمن المال المشترك العقارات المكتسبة بعد الزواج لكن بدون مقابل؛ كأن يكون العقار مكتسبا بإرث أو هبة أو وصية ولو كان مخصصا لاستعمال العائلة.

بحيث نستنتج مما سبق انه لا تكون مشتركة إلا العقارات المكتسبة بمقابل مالي و أثناء الزواج وتكون معدة لمصلحة العائلة أي أن تكون مخصصة للسكنى المستمرة أو الفصلية؛ أو أن يكون العقار مكرى للغير و تستفيد العائلة من مدا خيله...
هذا و نظم الفصلان 14 و 15 من قانون 9 نوفمبر 1998 نظام الإشهار لإعلام الغير حيث يتم إشهار الاشتراك في دفاتر الحالة المدنية إذ يقع التنصيص عليه ضمن مضامين دفاتر الملكية العقارية و شهائد الملكية التي يسلمها حافظ الملكية العقارية.
ويجوز لكل من الزوجين أن يقوم بمفرده بكل الأعمال التي يستوجبها حفظ الملك المشترك كالتسييج أو التعهد او إبرام العقود اللازمة لذلك غير أن بعض العقود لا يجوز إبرامها إلا بموافقة الزوجين كالبيع أو الرهن و الكراء لمدة تتجاوز ثلاث سنوات و ذلك نظرا لأهمية هذه العقود التي قد تؤدي إلى التفويت في سكنى العائلة.
أخيرا ينتهي نظام الاشتراك سواء بانتهاء العلاقة الزوجية ذاتها بطلاق أو وفاة أو فقدان احد الزوجين؛ أو أثناء قيام العلاقة الزوجية التي و رغم تواصلها يمكن خلالها إنهاء الاشتراك وذلك إما باتفاق الطرفين أو قضائيا بالتجاء احدهما إلى القضاء من اجل إنهاء الاشتراك إذا اثبت أن الطرف الآخر قد أساء التصرف في الملك المشترك. و يقع عند ذلك تحديد الأملاك المشتركة و حصرها ثم قسمتها بين الزوجين أو احد الزوجين وورثة الزوج المتوفى أو المفقود بموجب قسمته قضائية او اتفاقية.
ويحدّد القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين مفهوم الملكية المشتركة وهو نظام يختاره الزوجان عند إبرام عقد الزواج أو بعد إبرامه ويهدف إلى جعل العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة.
ويجب على المأمور العمومي المكلف بتحرير عقد الزواج أن يذكر الطرفين بأحكام هذا القانون وأن ينص على جوابهما بالعقد.
ويعتبر قانون 9 نوفمبر 1998 نظاما قانونيا رضائيا بأتمّ معنى الكلمة إذ يبقى الزوجان على حريتهما في اعتماده أو عدم اعتماده، كما يرجع لهما تحديد زمن ذلك، ومدى الاشتراك وكيفية تسيير المشترك.
+ ليس لأحكام نظام الملكية المشتركة المنظمة بالقانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 مفعولا رجعيا إلا في صورة الاتفاق على الاشتراك بعقد لاحق لعقد الزواج ينص فيه الزوجان صراحة على توسيع نظام الاشتراك ليشمل المكاسب التي تعود ملكيتها إلى ما قبل الاتفاق على الاشتراك في الملكية أو تلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية
تتمثل حدود نظام الملكية المشتركة حسب القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ 09 في نوفمبر1998 في الآتي:
- المهر: يبقى خاصا بالزوجة (الفصل 4 من قانون 09 نوفمبر 1998).
- التوكيل على الزواج: يجب أن يتضمن صراحة رأي الموكل في مسالة الاشتراك في الأملاك من عدمه (الفصل 5 من قانون09 في نوفمبر1998).
- سن المعاقد: اختيار الزوج الذي لم يبلغ سن الرشد لنظام الاشتراك في الأملاك يتوقف على موافقة الولي والأم (الفصل 6 من القانون المؤرخ في 09 نوفمبر 1998).

- وظيفة الملك: العقارات المعدة للاستعمال المهني البحت لا تعتبر مشتركة بين الزوجين (الفصل 10من القانون المؤرخ في09 نوفمبر 1998).
- طبيعة الملك: العقارات المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية لا تدخل في نظام الاشتراك إلا إذا نص المعنيان بالأمر على عكس ذلك صراحة بعقد الزواج أو بالعقد اللاحق شرط أن تكون مخصصة للاستعمال العائلي (الفصل 10 من القانون المؤرخ في 9 نوفمبر 1998).

+ تترتب عن اختيار نظام الاشتراك في الملكية (حسب قانون 09 نوفمبر1998) حقوق وواجبات تضمن استقرار الأسرة في مقر سكناها وحماية مكاسبها من عقارات معدة للسكنى أو الاستعمال العائلي وفي حسن إدارة الأملاك المشتركة والتصرف فيها وذلك بربط كل القرارات المتعلقة بها بموافقة الزوجين معا. ولتحقيق ذلك يجوز لكل واحد من الزوجين القيام بجميع الأعمال الرامية إلى حفظ الأملاك المشتركة وإدارتها والانتفاع بها والقيام بجميع الأعمال النافعة التحسينية، مادية كانت أو قانونية (الفصل 16 من القانون المؤرخ في 09 نوفمبر 1998). وليس على الزوج القائم بتلك الأعمال محاسبة قرينه على ما قام به.
لا يجوز التفويت في المشترك ولا إنشاء الحقوق العينية عليه ولا كرائه للغير لمدة تفوق ثلاث سنوات ولا تجديد كرائه لمدة تتجاوز ثلاث سنوات إلا برضا الزوجين معا (الفصل 17 من القانون المؤرخ في 09 نوفمبر1998).
لا يصح التبرع بالمشترك أو بشيء منه إلا برضا كلا الزوجين.
+ في صورة الطلاق ينتهي نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين ويتعين القيام بقضية في التصفية وهي قضية مدنية مستقلة عن دعوى الطلاق.[22]

- الجزء الأول : قيام نظام الاشتراك :

- الفقرة الأولى : ميدان الإنطباق :

+ المال عقارا و لإستعمال العائلة

+ هو نظام إختياري يمكن التوسيع في نطاقه .

- الفقرة الثانية : تطبيق الإشتراك :

+ الإدارة لا تستدعي موافقة الطرفين لكنها تلزمهما معا

+ التصرف بالتفويت أو الرهن أو الكراء أو التبرع فيقتضي رضاء الزوجين .

---

[22] *فقه القضاء
قرار تعقيبي مدني عدد 38226 مؤرخ في 26 نوفمبر 2009
المبدأ:
لا جدال أن لكل واحد من الزوجين أن يطلب تصفية الأملاك المشتركة باعتبار أن الاشتراك ينتهي بالطلاق.
قبل اتمام الدخول بين الزوجين لا يمكن تطبيق نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، باعتبار أن المشرع حصر هذا النظام في الأملاك المكتسبة بعد الزواج.
*فقه القضاء
قرار تعقيبي عدد 41051 مؤرخ في 16 سبتمبر 2010
المبدأ:
إن نظام الاشتراك في الملكية ينطلق بعد اتمام البناء بين الزوجين وإن عبارة الزواج الواردة في القانون المذكور إنما يراد منها الزواج التام باعتبار أن النص القانوني أصر على القول أن العقار يكون مخصصا لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، والعائلة لا تتكون إلا بعد اتمام البناء.

- الجزء الثاني : إنتهاء حالة الإشتراك :
- الفقرة الأولى : صور انتهاء حالة الاشتراك : الفصل 18:

+ بإنتهاء الرابطة الزوجية

+ التفريق القضائي أوبالإتفاق

- الفقرة الثانية : تصفية الأموال المشتركة : الفصل 19

+ إتفاقيا

+ قضائيا

الجزء الرابع : إنحلال العلاقة الزوجية

ينحل الزواج بالموت لكن قد ينحل كذلك والزوجان على قيد الحياة إما بالبطلان أو بالطلاق.

الفصل الأول : الزواج الباطل :

المبحث الأول : / صور البطلان :

- النوع الأول : البطلان على معنى أحكام الفصل 21 من م.أ.ش : الزواج الفاسد الذي يتنافى مع جوهر العقد إما لشرط متناف مع جوهر العقد أو لخرق بعض القواعد المتعلقة بالشروط الجوهرية أي دون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 3 والفقرة الأولى من الفصل 5 والفصول 15 و 16 17 و 18 و 19 و 20 من المجلة.
- النوع الثاني : البطلان على معنى أحكام الفصل 36 من قانون الحالة المدنية : وذلك في عدم وجود كتب رسمي والذي من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الزواج و 3 أشهر سجن كعقوبة.

المبحث الثاني : / آثار الزواج الباطل :

+ الزواج الباطل على معنى الفصل 21 من م.أ.ش : بطلان الزواج و لا يترتب عن العقد أي أثر.أما الدخول فيرتب استحقاق المرأة المهر – ثبوت النسب – العدة – حرمة المصاهرة حسب ما ينص عليه الفصل 22 من م.أ.ش :

الفصل 22 – يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرّد العقد أي أثر ويترتّب على الدخول لآثار التالية فقط :

أ– استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم.

ب– ثبوت النسب.

ج– وجوب العدّة على الزوجة وتبتدئ هذه العدّة من يوم التفريق.

د– حرمة المصاهرة.

+ الزواج الباطل على معنى الفصل 36 من قانون الحالة المدنية :

ثبوت النسب – العدة – حرمة المصاهرة .

الفصل الثاني : الطلاق :

جاء بالفصل 29 من م.أ.ش أن الطلاق هو حل عقدة الزواج ويقترح الأستاذ ساسي بن حليمة تعريفا آخر مبرره أن حل عقدة الزواج قد يتم بالموت أو البطلان [23].

تختلف مواقف الديانات من الطلاق [24] وقد أقر المشرع التونسي مبدأ الطلاق متأثرا بالتشريع الإسلامي مع بعض التعديلات فالطلاق كان في يد الزوجة وأصبح من حق الزوجين معا وأصبح الطلاق كذلك يتم أمام المحكمة.

إن دراسة الطلاق تفرض التعرض إلى صور الطلاق و إجراءاته التي يمكن أن يشملها عنصر نطاق الطلاق و التعرض كذلك إلى آثار الطلاق.

المبحث الأول : نطاق الطلاق :

1 / صور الطلاق :

نص الفصل 31 من م.أ.ش في فقرته الأولى على صور الطلاق :

الفصل 31 – يحكم بالطلاق :

1– بتراضي الزوجين.

2– بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3– بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

وهي الطلاق بتراضي الزوجين والطلاق للضرر والطلاق لإنشاء.

- الطلاق بالتراضي : وهذا الطلاق عادة ما يشمل لا فقط مبدأ الطلاق وإنما كذلك فروعه من نفقة الزوجة ونفقة الأبناء والحضانة والمسكن والإجراءات في هذه الصورة عادة ما تتميز بسرعتها.
- الطلاق للضرر : يتمسك المدعي في قضية الطلاق بحصول ضرر موجب للطلاق بالضرر وعليه إثبات حدوثه. (الفصل 31)

تثار في هذه الصورة من الطلاق عدة إشكاليات أبرزها :

المرض : اعتبرت المحاكم أنه لا يحكم به كأساس للطلاق : قرار تعقيبي عدد 5929 في 15 ديسمبر 1981.

مصدر الفعل الضار : يصدر عن القرين أو من الغير (حالة السكنى مع عائلة موسعة : قد تفرض المحكمة على الزوج السكنى في محل مستقل وقد يكون عاجزا عن ذلك فتمكن الزوجة من المطالبة بالطلاق للضرر : لا يوجد فقه قضاء رأي الأستاذ ساسي بن حليمة . دروس في القانون المدني ص 65).

---

[23] الطلاق هو حل عقدة زواج صحيح والزوجان على قيد الحياة. ، ساسي بن حليمة محاضرات في القانون المدني ، ص 62.

[24] الإسلام يحل الطلاق رغم مساوئه " أبغض الحلال عند الله الطلاق " حديث نبوي
الديانة المسيحية تحرم الطلاق مطلقا
الديانة اليهودية تحل الطلاق وتشترك مع الديانة الإسلامية في تعداد مساوئه.

المتضرر : مبدئيا القرين وفي بعض الصور تسلط على الوالد وهو ما يعد اعتداء على كرامة الزوجة بشكل يتنافى مع حسن المعاملة : محكمة الاستئناف بسوسة.

الضرر : القانون التونسي لا يعرف الضرر ولا يحدد معيارا له وبالتالي يبقى الأمر خاضعا لاجتهاد المحكمة في تقدير وجود الضرر من عدمه باختلاف الظروف وفي بيان ما إذا كان مخالفا للواجبات المحمولة على الزوجين.

إثبات الضرر : واقعة قانونية تثبت بجميع الوسائل كشهادة الشهود وحكم جزائي في قضية زنا.

- الطلاق إنشاء : الفقرة الثالثة من الفصل 31 : إذا أنشأه الزوج أو طالبت به الزوجة : في صورة فشل المحاولة الصلحية فإن المحكمة ملزمة على التصريح بالطلاق.

2 : إجراءات الطلاق :

- مراحل الطلاق :

الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة : الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية .

+ المرحلة الصلحية :

3 جلسات إذا وجد أبناء قصر ويتخذ القاضي القرارات الفورية المتعلقة بسكنى الزوجين و الحضانة والزيارة و النفقة .

+ المرحلة الحكمية :

دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية : تعيين مرشد اجتماعي للبحث عن الأنسب للحضانة و خبير لتقدير النفقة . و تعيين القضية للمرافعة و لا يصدر الحكم إلا بعد شهرين على الأقل من جلسة المرافعة .

- طرق الطعن :

الاستئناف يوقف التنفيذ إذ له مفعول انتقالي ومفعول تعليقي : الأجل هو 30 يوما من تاريخ صدور الحكم.

التعقيب يوقف التنفيذ كذلك وذلك نظرا لطبيعة القضية : والأجل هو 30 يوما من تاريخ صدور الحكم.

المبحث الثاني : آثار الطلاق :

1 / على الصعيد المادي :

تعويض الضرر : للمدعي عليه في قضية الطلاق إنشاء والمدعي في قضية الطلاق للضرر. أما الأساس القانوني فهو الفصل 31 من م.أ.ش.

نفقة العدة : الفصل 38 م أ ش

نفقة الأبناء : إذا أعطيت الحضانة للأم فإن الوالد ينفق على أبنائه بدفع مبلغ مالي للحاضنة شهريا.

و ينص الفصل 46 من المجلة أن النفقة تستمر إلى أن يبلغ الطفل سن الرشد وتستمر مع تعليمه إلى حدود 25 سنة وبالنسبة للبنت فتستمر النفقة إلى أن تصبح قادرة على التكسب أو تتزوج أمام المعوقين فتستمر نفقتهم إلى الأبد ماداموا غير قادرين على التكسب.

الهدايا : تسترجع إذا لم يتم الدخول.

متاع البيت : المعتاد للرجال والمعتاد للنساء.

جهاز الزوجة : ما تأتي به الزوجة من أدباش فهو لها.

2 / الآثار غير المادية :

- الحضانة : 54 م أ ش :" حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته."

+ إسناد الحضانة : في حالة استمرار العلاقة الزوجية فهي من حق الزوجين و في حالة الانفصال إذا كان بالموت تسند الحضانة للباقي على قيد الحياة وفي الطلاق تسند مع مراعاة مصلحة المحضون و قائمة تفاضلية أو بالاتفاق .

+ إسقاط الحضانة :

متى تسقط ؟ : 67 الطفل بلغ 7 سنوات و البنت 9 سنوات و بتنازل من أسندت إليه (الفصل 64) أوتزوج الحاضنة بغير محرم أو سفر الحاضنة إلى الخارج .

+ الحقوق المنبثقة عن الحضانة :

حقوق الحاضنة : الأجرة و السكن و نفقة المحضون

حقوق غير الحاضن : حق الزيارة .

الفرع الرابع : النسب

القسم الأول : إثبات النسب :

الفقرة الأولى : وسائل الإثبات :

يحدد الفصل 68 م أ ش وسائل إثبات النسب المتمثلة في : الفراش و الإقرار و الشهادة

1 / + قرينة الفراش : تعني أن الطفل الذي يولد من امرأة متزوجة محمول في نسبه على الزوج

لكن هذه الوسيلة تطرح إشكاليات تتعلق ب :

- مدة الحمل : أدناها 6 أشهر و أقصاها عام من عقد الزواج. الفصل 71 من المجلة.

- النسب: يثبت بالدخول في الزواج الفاسد الفصل 22 و بالعقد في الزواج الصحيح الفصل 71.

2 / + الإقرار : الاستلحاق :

- شروطه :
- الطفل المقر له بالنسب :

الإبن الشرعي يعفي المقر من التتبع أما إبن الزنا فإن إقرار الأب يأتي حتى لا يحرم من النسب لكن تبقى التتبعات الجزائية قائمة أما الإبن بالتبني فإن الإقرار في هذه الحالة يعفي من إجراءات التبني .

- الشروط التشريعية :

الفصل 68 / الفصل 70 : النسب يثبت بإقرار الأب مع عدم ثبوت ما يخالف .

- الشروط القضائية :

شكل الإقرار : يمكن أن يكون الإقرار أمام المحكمة أي قضائي أو غيره. (قرار صادر في 25 ماي 1964).

- آثاره :
- حالة الإقرار المثبت للنسب : يعتبر الإبن شرعيا و له الحق في اللقب و النفقة والإرث
- الإقرار المثبت للقرابة : 73 م أ ش تحميل الغير بعض الواجبات

3 / + الشهادة : الفصل 68 :

شروطها : نفس الشروط في الإجراءات المدنية مع إمكانية التجريح طبق ما تنص عليه مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

الفقرة الثانية : دعوى الإثبات :

1 / صفة التداعي :

- المدعي : الطفل الراشد أو القاصر
- المدعي عليه : الوالد المزعوم أو من يمثله

2 / انقراض الدعوى :

ليس هناك نص تشريعي موكول لاجتهاد القاضي .

القسم الثاني : نفي النسب :

**** دعوى نفي النسب الثابت بالزواج :**

1 / إجراءات الدعوى :

يطرح بصفة أصلية أو فرعية و تختص المحكمة الإبتدائية.

الأطراف : ضد الطفل أو من يمثله و المدعي الزوج أو الورثة

2 / إنقراض الدعوى :

- الرأي الأول : لا تنقرض ولا تسقط بمرور الزمن.
- الرأي الثاني :تنقرض لوجوب الإستقرار : تعقيبي مدني 23480 في 13 جوان 1989

**** أساس النفي :**

- صورة الطفل المولود قبل 6 أشهر من تاريخ الزواج
- للطفل أن يتمسك بالدفوعات .

الفرع الخامس : لقب الطفل المهمل أو مجهول النسب

مكنت أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 الطفل المجهول النسب من حمل لقب أمه أو أبيه.
الفصل الأول جديد فقرة أولى + الفصل 3 جديد + الفصل 3 مكرر فقرة أولى.

الفصل الأول (جديد)– على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند إليه اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية. كما عليها في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الوضع أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو نائبه أن يسند إليه اسم أب واسم جدّ ولقبا عائليا يكون في هذه الحالة وجوبا لقب الأم.

الفصل 3 (جديد)– لكل شخص تجاوز سنه العشرين عاما أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يسند إليه اسما ولقبا عائليا واسم أب واسم جدّ واسم أم واسم أبيها ولقبها العائلي أو بعض هذه العناصر إن كان خاليا من ذلك. ويكون اللقب العائلي للطالب وجوبا لقب الأب إن لم تسند إليه والدته لقبها العائلي.

الفصل 3 مكرر– يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل.

كما يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب عرض الأم على التحليل الجيني لإثبات أنها أم المعني بالأمر مجهول النسب.

وتبت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفّر لديها من قرائن متعدّدة ومتظافرة وقوية ومنضبطة.

ويخوّل للطفل الذي تثبت بنوّته الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سنّ الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون.

العنوان الفرعي الثاني : الالتزامات والعقود

النظرية العامة للعقد - النظرية العامة للحق - مادة المسؤولية المدنية - مادة العقود الخاصة – قانون الأموال – القانون العقاري والتأمينات العينية.

الفرع الأول :مادة النظرية العامة للإلتزامات(العقد)

الجزء الأول : مفهوم الالتزام

إن الالتزام رابطة قانونية بين دائن ومدين يجبر من خلالها الدائن المدين أن يحيل ملكية الشيء أو أن يقوم بعمل أو أن لا يقوم بعمل.

يختلف الالتزام القانوني عن الالتزام الطبيعي لكون الالتزام الطبيعي خاليا من الجزاء القانوني ووالمقود بعبارة "الطبيعي" هو كون هذا الإلتزام متأتي من القانون الطبيعي.

وينص االفصل 78 من م ا ع في هذا السياق على أنه : "لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بالدين سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع ممن يملك التفويت مجانا ولو دفع ضنا منه أنه يلزمه الأداء أو جهلا بسقوط الدين."

الجزء الثاني : تقسيمات الالتزامات

تتعدد الالتزامات القانونية وقد أبرز الفقهاء ثلاثة تقسيمات فيها حسب معيار المحتوى ومعيار القوة ومعيار المصدر المنشئ.

- معيار المحتوى :نميز في هذا المعيار بين الالتزام بالقيام بعمل والالتزام بعدم القيام بعمل.
- معيار قوة الالتزام وثبوته : نميز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة.
- معيار المصدر : نميز في هذا المعيار بين الأسباب الإرادية للإلتزام (التصرفات والعقود) والأسباب غير الإرادية للإلتزام (شبه العقد والجنحة وشبه الجنحة).

الموضوع : الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة

1 / مبدأ التفرقة بين الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة :

- الإلتزام ببذل عناية : 277 : الإثبات صعب و للمدين التفصي بإثبات أنه فعل كل ما يلزم
- الإلتزام بتحقيق النتيجة : الإثبات بإثبات عدم نحقق النتيجة . و على المدين التفصي بإثبات السبب الأجنبي .

2 / معايير التفرقة :

- التمييز بحكم القانون و طبيعة الإلتزام : التنصيص في العقود المسماة على طبيعة الإلتزام / الإلتزام بإعطاء أو بالعمل
- المعايير الفقهية : الدور الإيجابي و السلبي للأطراف / معيار الإحتمال .

في إطار النظرية العامة للإلتزامات أصبحت الجامعات تدرس هذه المادة انطلاقا من محورين أساسيين يتعلق المحور الأول بالنظرية العامة للعقد ويتعلق المحور الثاني بالمسؤولية المدنية.

<u>الجزء الثالث : تقسيمات العقود</u>

تتعدد تقسيمات العقود وتتنوع بتنوع ميادين تطبيقها إذ يوجد عديد التقسيمات التي من أهمها :

العقود الدولية والعقود الداخلية / العقود الإدارية والعقود المدنية / بين عقود ملزمة لجانب واحد (الهبات) وعقود ملزمة لجانبين (البيع الشراء) / العقود بدون مقابل بدون عوض وعقود بمقابل/بعوض.(تستند جملة هذه التقسيمات إلى المجلة المدنية الفرنسية).

كما نجد كذلك تمييزا بين العقود الحينية وعقود المدة والتمييز بين عقود التكافؤ وعقود الإذعان والتمييز بين عقود الاحتراف وعقود الاستهلاك والتمييز بين العقود المسماة (أي تلك التي أعطاه المشرع تسمية وخصها بنظام قانوني متكامل مثلما هو الحال في الكتاب الثاني من مجلة الالتزامات والعقود التونسية) والعقود غير المسماة.

ويعتبر التمييز بين العقود النهائية والعقود التمهيدية أم أنواع هذه التقسيمات فالعقد النهائي هو العقد المنشود ومن ذلك المقاولة مثلا أو البيع أو غيرهما ... أما العقود التمهيدية فهي عقود تهيؤ للعقد النهائي مثلما هو الحال في عقود المفاوضات ووعود التعاقد.

<u>الجزء الرابع : عناصر العقد : الإيجاب والقبول</u>

<u>+: الإيجاب :</u>

- يشترط فيه أن يكون دقيق و حاسم 23
- وقد يكون مجردا دون مهلة زمنية أو مقيدا بأجل 27

<u>+ : القبول :</u>

- بصفة صريحة أو ضمنية عند توفر مصلحة الموجب أو علاقة تعاقدية سابقة .
- عوارض القبول : نوعان :

تأجيل التعاقد :عقد الشراء بالمراسلة و البيع بالتقسيط 10 أيام .

القبول بالمراسلة : أقر المشرع عدة حلول عند الإختلاف بين مكان الإيجاب و القبول و هي البلوغ والتصريح و العلم و إصدار القبول و تخضع لإتفاق الأطراف . و في صورة عدم الاتفاق يعتمد حل التصريح في المراسلة التقليدية و حل بلوغ القبول في المراسلة الإلكترونية .

<u>الفصل الأول : عنصر الإيجاب</u>

إن الإيجاب تصرف أحادي الجانب يتقدم به طرف يصطلح عليه بالموجب إلى طرف آخر يصطلح عليه بالموجب له يعبر بمقتضاه أي الموجب عن إرادته في إبرام العقد مع الطرف الثاني. ويستوجب الإيجاب لكي يكون ملزما جملة من الشروط.

<u>المبحث الأول : شروط الإيجاب : الدقة والحسم:</u>

القسم الأول : شرط الدقة وتعني تضمن كافة العناصر الخاصة بالعقد المنشود مثل تحديد المبيع ووصفه وثمنه إذا كان الأمر متعلقا بعقد البيع.

القسم الثاني : شرط الحسم، يقتضي هذا الشرط من الموجب أن يبقي على إيجابه مدة من الزمن.

يمكن للموجب أن يحدد فترة معينة ويمكن تضمين الإيجاب كتابيا أو في إطار اتفاق تمهيدي يحدد مدة معينة لقبول الإيجاب خلالها.

في صورة عدم تعيين الموجب يقع الرجوع إلى الفصل 27 في فقرته الأولى والذي ينص على أنه "إذا عرض شخص على شخص آخر حاضر بمجلسه عقد من العقود ولم يعين له أجلا لقبوله أو رفضه فلا يترتب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين".ما يعني إقرار هذا الفصل لقاعدة بقاء الإيجاب ببقاء الجلسة ونهايته بنهايتها.

المبحث الثاني : إلزامية الإيجاب :

تطرح إلزامية الإيجاب تساؤلا جوهريا حول إمكانية تراجع الموجب في إيجابه.التراجع غير ممكن قانونيا ما دام مقيدا من قبل الموجب بمدة معينة أو ما دام مفروضا بمدة معينة تفرضها طبيعة العقد.والإيجاب يصبح ملزماوهو ما يمكن استنتاجه من الفصل 22 إذ بإمكان الموجب الذي صرح بإيجابه إذا لم يعلم به الموجب له أن يتراجع فيه طالما أن هذا العلم لم يقع بعد.

الفصل الثاني : عنصر القبول

يمثل القبول تعبيرا عن إرادة تصدر عن الموجب له تتشكل في مظاهر متعددة كما يمكن أن يشهد هذا القبول جملة من العوارض.

المبحث الأول : مظاهر القبول :

يكون القبول بصفة صريحة عبر التصريح بالقبول والموافقة كما يمكن أن يكون القبول عن طريق الشروع في تنفيذ مقتضيات الإيجاب (الفصل 29 من م ا ع) ويشترط في القبول أن يكون جديا ثابتا لا لبس فيه لكن في هذا الإطار تثار مسألة وجود قبول عن طريق السكوت فمبدئيا "لا قبول مع السكوت " ولكن هناك بعض الحالات التي تفترض السكوت الذي يعتبر قبولا من ذلك مثلا القبول الذي تصحبه ملابسات وظروف تؤيد وجوده كقبول، ومن هذه الملابسات وجود تعاقدات سابقة وإيجاب مقدم لمصلحة الموجب له.

المبحث الثاني : عوارض القبول

عوارض القبول نوعان القبول بالمراسلة وتأجيل التعاقد.

يطرح القبول بالمراسلة عند اختلاف الإيجاب والقبول في المكان أو الزمان وقد حدد الفقه أربعة حلول : أول هذه الحلول التصريح بالقبول وهو ما يعني أعتبار القبول قائما في المكان والزمان اللذان يصرح به فيه أما الحل الثاني فيكون باعتماد المكان والزمان الذين يرسل فيهما الموجب له بقبوله إلى الموجب وهو ما يعرف بإصدار القبول أما الحل الثالث فيعتبر

القبول والعقد قائما في الزمان والمكان اللذين يبلغ فيهما مكتوب القبول للموجب وهو ما يعرف بتلقي القبول ويتمثل الحل رابع: في اعتبار قيام القبول بالزمان والمكان الذين يحصل فيهما العلم للموجب بقبول الموجب له ما يعني العلم بالقبول.

و يترتب عن كل حل نتائج مختلفة من حيث التطبيق فالحل الأول والثاني يؤول إلأى تعيين محكمة الموجب له أي القابل كمحكمة مختصة من حيث الاختصاص الترابي في حين يكون بمحكمة مقر الموجب في الحل الثالث والرابع.وتبقى هذه القواعد احتياطية يمكن الاتفاق على خلافها.

بالنسبة لتأجيل العقد ويكون ذلك بتدخل المشرع لاعتبار العقد قائما لا مع تصريح القابل وإنما بعد مدة يمكن خلالها أن يتراجع في قبولها ولا يكون ذلك إلا بمقتضى تنصيصات خاصة سنها المشرع بالنسبة لبعض العقود المذكورة على سبيل الحصر وهي عقود الإيواء السياحي وعقود البيع بالتقسيط بمقتضى الفصل 10 من القانون المتعلق بها عدد 39 لسنة 1998_ وعقود أخرى متعلقة بطرق البيع (خارج المحلات التجارية) والإشهار التجارية والعقود الإلكترونية.

الجزء السادس : قيام العقد :

الفصل الأول :شروط قيام العقد : الفصل 2 م إ ع :

المبحث الأول : الشروط الذاتية :

- **القسم الأول : الأهلية :**

هي القدرة على إكتساب الحقوق و ممارستها وذلك انطلاقا من جزئيها أهلية الوجوب وأهلية الأداء.
ويمثل سن 18 السن القانونية لقيام الأهلية وذلك بمقتضى الفصل 7 من م إ ع والفصل 153 من م أ ش ويقتضي هذا الفصل أن زواج القاصر يرشده فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملته المدنية والتجارية.

- عوارض الأهلية :نوعان إما الأهلية المنعدمة (صغر السن – الجنون – ذوات منزلة منزلة الصغير) أو الأهلية المقيدة (ضعف العقل و السفيه و المفلس و القاصر) .
- إمكانية التعاقد عبر آلية النيابة في التعاقد:

تصنيفها :

- حسب المصدر: الإتفاق ، القانون ، القضاء
- حسب علم المتعاقد بهوية الأصيل : تامة إذا كان المتعاقد يعلم هوية الأصيل و غير تامة إذا كان المتعاقد لا يعرف إلا الوكيل.

آثارها :

- إنصراف إلتزام النائب إلى الأصيل
- تجاوز النائب لحدود النيابة

النيابة مؤسسة ثلاثية تشهد تدخل ثلاثة أطراف و هي صاحب الحق الأصيل والنائب ومتعاقد يتعاقد معه النائب ولكن في حق الأصيل.

وتتضمن المجلة جملة من النصوص التي تنظم النيابة في التعاقد كالفصل 37 والفصل 549 وانطلاقا من هذه الفصول يمكن تقسيم النيابة إلى نيابة قانونيةمثل نيابة الأب عن ابنه القاصر وقد تكون النيابة قضائية مثل حكم التقديم عن شخص آخرأو تكون النيابة اتفاقية عندما تتمثل في عقد يبرمه الأصيل مع النائب يمكنه القضاء من ممارسة جملة من التصرفات و يعرف هذا العقد بعقد الوكالة والأصيل فيه هو الموكل والنائب فيه هو الوكيل.

ليس للنائب أن ينوب الغير ليتعاقد مع نفسه ولو بواسطة (549) . ولكن يشترط في التعاقد الممنوع أن لا يكون تعاقدا مع النفس بل أن لا يكون تعاقدا مع النفس لفائدة الغير.

القسم الثاني : الرضا :

ينص الفصل 2 من م ا ع على أن يكون الرضا موجودا فبإنعدامه يبطل العقد ومن الصور التي ينعدم بها الرضا استعمال العنف والتعاقد في أمر آخر وهذه حالات الغلط المانع ويقال الغلط الحائل.

الفقرة الأولى : عيوب الرضا :

+ **أولا : العيوب التقليدية :**

1 - الغلط :

- في الحق (الفصل 44 "العقد المبني على جهل معاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين: أولا: إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد.ثانيا: إذا كان مما يعذر فيه بالجهل" أو في الواقع الفصل 45 "الغلط في نفس الشيء يكون موجب للفسخ الغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد.
- يؤسس الغلط لدعوى إبطال تخضع لتقادم مدته عام من تاريخ إكتشاف السبب .
- ويعتبر الغلط واقعة قانونية تخضع لحرية الإثبات و للمدعي عبء الإثبات .

2 - التغرير :

- يشمل التغرير في جملة من المخاتلات والكنايات موضوع الفصل 56 و 57 صادر عن المتعاقد نفسه أو من الغير مع علم المتعاقد به .

الفصل 56

التغرير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو ممن كان متواطئا معه مخاتلات أو كنايات حملت الطرف الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها وكذلك حكم التغرير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به.

الفصل 57

التغرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة.

- يقتضي التغرير وجودا لسوء النية و يكون حاسما و أصليا يدفع للتعاقد حتى يعتبر عيبا من عيوب الرضا .
- يؤسس عيب التغرير لدعوى إبطال تخضع لتقادم مدته عام ويؤدي لدعوى تعويض تخضع لتقادم ثلاث سنوات و هو واقعة قانونية تثبت بجميع الوسائل .

3 - الإكراه :

يشترط في الإكراه أن يكون :

- صادر من المتعاقد نفسه أو إستغلال الظروف الناشئة من الإكراه
- يسلط على المتعاقد أو أحد أقاربه .

ومن آثار الإكراه أن يؤسس لدعوى إبطال تخضع لتقادم عام من تاريخ زواله و دعوى تعويض تقادم ثلاث سنوات من تاريخ علم المتضرر .

الفصل 50

الإكراه هو إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملا لم يرتضه.

9

الفصل 51

لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلا في الصور الآتية :

–أولا : إذا كان الإكراه هو السبب الملجئ للعقد.

–ثانيا : إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسنه وكونه ذكرا أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره.

الفصل 52

الخوف المبني على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية لا يوجب الفسخ إلا إذا كان التهديد مما يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله حتى سلبت منه منافع بغير حق أو كان التهديد مصحوبا بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل قبله.

الفصل 53

الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من المعاقد الذي انجرت له منفعة العقد.

الفصل 54

الإكراه يوجب فسخ العقد وإن وقع على من له قرابة قوية مع المعاقد المكره على العقد.

الفصل 55

الخوف المترتب على الحياء لا يقتضي الفسخ إلا إذا صحبه تهديد قوي أو ضرب.

+ثانيا : العيوب المستحدثة :

1 - المرض :

- 59 يفقد القدرة على التمييز

- يتميز عن الأمراض العقلية و الجنون .

الفصل 59

أسباب فسخ العقد المبنية على حالة مرض أو ما شاكله من الحالات موكولة لنظر القاضي.

<u>2 - الغبن :</u>

- نميز بين غبن الرشد إما بالتغرير أو الإكراه 60
- غبن القصر ثلث القيمة الحقيقية 61

الفصل 60

الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغرير العاقد الآخر أو نائبه أو مَن نابه في العقد عدا ما استثني بالفصل الآتي.

الفصل 61

الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث.

المبحث الثاني : الشروط الموضوعية :

القسم الأول : السبب :

مفهوم السبب

السبب هو الشيء أو الأمر أو الغاية التي يتعاقد من أجلها. و قد اعتمد المشرع التونسي للسبب مفهوم واسعا.

نظام السبب

الفصل 68 "كل التزام يحمل على سبب ثابت جائز و لو لم يصرح"

الفصل 69 "السبب المصرح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلافه"

الفصل 70 "إذا تبين أن السبب المصرح إنما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز فعلى من يدعي أن للعقد سبب جائز غيره أن يثبت ذلك".

القرينة الأولى : وجود السبب حتى ولم يتم التصريح به.

القرينة الثانية قرينة جواز السبب وشرعيته فالسبب يبقى جائزا إلى حين يأتي ما يخالف ذلك.

- لا بد أن يكون السبب جائزا 67 68
- هناك قرينة لجواز السبب حتى و إن لم يتم ذكره
- على من يدعي غير ذلك عبء الإثبات .

القسم الثاني : المحل : محل الإلتزام :

أولا : وجود المحل :

أ - <u>تعيين المحل بالذات و النوع :</u> يقتضي شرط التعيين أن يقع تحديده في ماهيته وفي نوعه وفي صفته الفصل 63 .

ب - <u>إمكانية المحل :</u> إن إمكانية المحل تعني أن لا يكون مستحيلا وقد تم التنصيص على شرط الإمكانية بالفصل 64 من م ا ع الذي جاء ناصا على أنه " يبطل العقد إذا كان على

شيء أو عمل غير ممكن حيث طبيعته أو من حيث القانون " وقد تكون هذه الاستحالة واقعية (مثل الالتزام بإعادة شخص إلى الحياة) أو قانونية (التعاقد على التحف الأثرية والتعاقد في المخدرات) وفي هذا الإطار جاء الفصل 66 من المجلة ناصا على أنه لا إلتزام على شيء مستحيل أو تركة مستقبلية.

ثانيا : مشروعية المحل :

+ مبدأ حرية التعامل : إلى ما منعه القانون صراحة الفصل 62 "لا يسوغ التعاقد إلى في ما يسوغ فيه التعاقد من الأشياء و الأعمال و الحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد به يصح التعامل".

+ عدم مشروعية التعامل في الحقوق الشخصية و حقوق الدولة :

منع التعاقد بمقتضى القوانين في أعضاء البدن و متعلقاته طبقا للقانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية و زرعها؛ و من المحلات الممنوعة أيضا في عقود الخواص على الأصل المخدرات و الأسلحة و التحف الأثرية.

الفصل الثاني : جزاء الإخلال بأركان العقد :

المبحث الأول : قيام البطلان :

البطلان هو جزاء عدم إستكمال العقد لأركانه وشروط صحته عند تكوينه أما الفسخ فهو جزاء عدم تنفيذ أحد الطرفين للعقد الذي نشأ صحيحا.

مجلة الإلتزامات والعقود تستخدم مصطلح الفسخ بمعناه الصحيح في الفصول 248 إلى 302 ولكنها تخطأ في إستعمال مصطلح الفسخ دلالة على البطلان النسبي في الفصول من 330 إلى 338.

+القسم الأول : تطور نظرية البطلان :

لقد استقر الفقه وفقه القضاء والمشرع لاحقا إلى تقسيم البطلان إلى نوعان بطلان مطلق وبطلان نسبي حسب الأحكام العامة في العقد ويرجع أساس هذه التفرقة إلى القانون الفرنسي القديم؛ وهنا يطرح التساؤل في الحالات التي لا يتولى فيها المشرع إبراز نوعية الجزاء إن كان من النوع المطلق أم أنه من النوع النسبي؛ ونجد في هذا النوع نظرياتان.

- الجزء الأول : مبررات التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي
- الفقرة الاولى : أسس التفرقة في النظرية التقليدية للبطلان

النظرية الأولى تقليدية وهي تعتمد على درجة الخطورة، فإذا كان الأمر يتعلق بالعناصر المهمة للعقد (أكثر خطورة) يترتب عنه البطلان المطلق؛ وأما إذا كان يتعلق بعناصر غير مهمة (أقل خطورة) يترتب عنه البطلان النسبي.

- الفقرة الثانية : الأسس الحديثة للتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

النظرية الحديثة فتعتد بالمصلحة، إن كانت تهم المجموعة ككل خضعت الحالة المختلة والمخالفة التعاقدية للبطلان المطلق وإن كانت مصلحة فردية خضعت للبطلان النسبي.ويبدو فقه القضاء آخذا أكثر بمعيار المصلحة ولكن لا يستبعد معيار الخطورة وهو ما ينتقل بالموضوع إلى التبرير وترك الحرية للقاضي ولسلطته التقديرية.

- الجزء الثاني : المصلحة القانونية من التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

يسمح التمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق :

- الفقرة الأولى : تحديد نظام البطلان : من حيث الأشخاص الذين يحق لهم حق القيام ومن حيث أجل القيام ومدى إمكانية إجازة العقد الباطل (البطلان النسبي)
- الفقرة الثانية : بإختلاف آثار البطلان النسبي عن أثار البطلان المطلق.

+ **القسم الثاني : نظرية البطلان في القانون التونسي :**

الجزء الأول : التكريس القانوني للنظرية التقليدية للبطلان

الفقرة الأولى : قاعدة لا بطلان بدون نص

حدد الفصل 325 حالات البطلان المطلق كما حدد الفصل 330 حالات البطلان النسبي.ما دفع الفقه إلى إعتبار لا قيام لبطلان بدون نص سابق ينص عليه ولكن كان لهذه النظرية نقائص.

الفقرة الثانية : نقائص النظام القانوني للبطلان

إن قاعدة لا بطلان بدون نص تقيد القاضي وتمنعه من الإعتماد على النظرية الحديثة للبطلان.وتطرح النظرية التقليدية سؤالا حول صمت النص عن الجزاء ؟ وقد اعتمد فقه القضاء البطلان المطلق في حين التجأ بعض الفقهاء لتكريس نظرية العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي (العقد الموقوف هو العقد الذي إنعقد صحيحا لتوافر عناصر الإنعقاد وعناصر الصحة فيه إلا أنه يعتمد لأحد عناصر وهما الملك والأهلية مثال عقد القاصر وبيع ملك الغير الذي يبقى موقوفا على إجازة المالك.)

الجزء الثاني : النظام القانوني للبطلان :

الفقرة الأولى : حالات البطلان :

- **البطلان المطلق :**
  - غياب أحد الأركان : السبب والمحل والأهلية والرضا والشكلية.أي إفتقر العقد لأحد أركانه الأساسية .
  - يرفعه الأطراف أو الولي أو المحكمة أو الخلف العام أو الخلف الخاص .أما الغير المطلق فلا يعترف له بحق القيام إلا عند وجود مصلحة خاصة له وهي صورة إستثنائية كما أن للنيابة العمومية حق الدفاع عن المصلحة العامة والنظام العام 251 م م م ت.

- **البطلان النسبي :**
  - هو جزاء مخالفة القواعد القانونية المعتمدة لحماية مصلحة المتعاقدين كعيوب الرضا و الأهلية المقيدة.
  - يرفعه الأطراف أو الولي أو الورثة بعد موت المتعاقد .

الفقرة الثانية : إنقضاء حق القيام بالبطلان :

ينقضي البطلان في صور ثلاث :

الفصل 334

القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد.

الفصل 335

يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى.

ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصول 330 و331 و332 و333 و334.

- 1 بالإمضاء مع العلم بالعيب في البطلان النسبي .
- 2 بالتقادم :
- في البطلان النسبي 334 335 عام من تاريخ إكتشاف الغلط أو العلم بالتغرير أو زوال الإكراه أو عام من تاريخ بلوغ سن الرشد أو عام من تاريخ رفع الحجر و في كل الحالات تخضع لتقادم 15 سنة .
- هناك نقاش حول سقوط البطلان المطلق بأجل 15 عام أو ليس هناك أجل حسب ما جاء بالفصول 330 و331 و332 و333و334 .

<u>الفقرة الثالثة : آثار البطلان :</u>

+ نسبية الأثر الرجعي للبطلان : لا يطرح مشكلة إلا في العقود الممتدة في الزمن فيشمل في هذه الحالة المستقبل فقط كعقد الكراء و الشغل .

+ البطلان الجزئي و تحول الإلتزام :

- قد يقتصر على أجزاء من العقد التبعي دون الأصلي
- تحول الإلتزام : كالكمبيالة إلى سند إذني أو إعتراف بالدين إذا أخلت بالشروط الشكلية 328 م إ ع.

الفصل 328

إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام.

الجزء السابع : آثار العقد

الفصل الأول : آثار العقد من حيث الموضوع :

المبحث الأول : الأثر الأول :القوة الملزمة للعقد :

الفصل 242

ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون.

الفصل 243

يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته.

1 / مبدأ القوة الملزمة للعقد : 242 م إ ع :

+ إلزامية العقد تجاه الأطراف :

- الوفاء بالإلتزام الناشئ عن العقد 242
- الوفاء مع تمام الأمانة 243
- إستحالة النقض الأحادي للعقد 242

+ إلزامية العقد تجاه القاضي :

- العقد شريعة الطرفين و يلتزم القاضي ببنود الفصل 242
- نظرية الظروف الطارئة : ظروف إقتصادية تضر بتكافؤ الإلتزامات ما يفرض تدخل القاضي للمحافظة علة إستقرار العقود .

2 / نطاق القوة الملزمة : 243

+ القانون : القوة الملزمة تشمل القواعد المكملة أما الآمرة لا يمكن الإتفاق على مخالفتها

+ العرف و الإنصاف : العرف جرت العادة على إدراجه و الإلتزام به و الإنصاف كذلك كالإلتزام بالسلامة وحماية الطرف الضعيف .

المبحث الثاني : الأثر الثاني : عدم الوفاء بالإلتزام : تعالج المسألة من جانبين :

1 / **النظام العام لعدم الوفاء بالإلتزام :**

- المسؤولية العقدية : أركانها / سبل التفصي منها (سيتم تفصيلها في دروس المسؤولية المدنية)
- آثارها : التعويض عن الضرر المادي :

➢ طلب تعويض الخسارة عند مماطلة المدين و نعني بالمماطلة تأخر الوفاء في الكل أو الجزء 268

➢ تعويض الخسارة يخضع لإجتهاد القاضي 278 أو بالإتفاق .

الفصل 268

يعتبر المدين مماطلا إن تأخر عن الوفاء بما التزم به في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح.

الفصل 269

يعد المدين مماطلا بمضي الأجل المعين في العقد فإذا لم يعين أجل فلا يعد المدين مماطلا إلا بعد أن ينذره الدائن أو نائبه القانوني بوجه صريح بالوفاء بما عليه ويذك . ر في الإنذار ما يأتي:

38

أولا – أنه يطلب من المدين الوفاء بما التزم به في مدة معقولة.

ثانيا– أنه إذا مضى هذا الأجل فإن الدائن يعد نفسه بريئا مما تعهد به.

ويجب أن يكون الإنذار كتابة وقد يكون برسالة تلغرافية أو بمكتوب مضمون الوصول أو بطلب المدين للحضور لدى المحكمة ولو كانت غير مختصة.

الفصل 278 – (تمم بالقانون رقم 148 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر 1959).

الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد واعتبار الأحوال الخاصة بكل قضية موكول لحكمة القاضي وعليه أن يقدر الخسائر ويجعل فيها تفاوتا بحسب خطأ المدين أو تغريره.

غير أنه في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون.

ويحكم بهذا الغرم دون أن يلزم الدائن بإثبات حصول أي خسارة.

ويكون الغرم اعتبارا من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين من طرف الدائن.

يمكن للدائن الذي حصل له بسبب سوء نية مدينه ضرر زيادة على المماطلة أن يتحصل على جبر ضرره وذلك بقطع النظر على الفائض المعين لغرم المماطلة.

2 / النظام الخاص للعقود الملزمة لجانبين :

الفصل 273

إذا حل الأجل وتأخر المدين عن الوفاء فللدائن الحق أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا وإلا فسخ العقد مع أداء ما تسبب عن ذلك من الخسارة في كلتا الحالتين.

فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائن إمّا طلب الوفاء الجزئي أو فسخ العقد مع تعويض الخسائر في كلتا الحالتين وتجري في المماطلة القواعد المقررة بالفصول المتعلقة بالعقود الخاصة.

وفسخ العقد لا يكون إلا بحكم.

- الدفع بعدم التنفيذ :
  - الإمتناع عن التنفيذ إلى أن يؤدي الطرف الآخر إلتزامه
  - يختلف عن الحبس الذي هو وسيلة تنفيذ
  - آثاره : التوقف عن تنفيذ الإلتزام
- الفسخ :
  - نطاقه : في العقود الملزمة لجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد إذا كانت بعوض كالوكالة و الوديعة و لا يشمل عقد التأمين و القسمة الرضائية .
  - شرط إستحالة التنفيذ : تنفيذ الإلتزام أصبح مستحيلا .
  - آثاره :
    - ➢ فسخ العقد بصفة رجعية : محو الآثار بالنسبة للأطراف و الغير .مع إستثناء العقود الزمنية التي يمتد فيها البطلان نحو المستقبل فقط .
    - ➢ مسألة تحمل التبعة : في حالة الأمر الطارئ و القوة القاهرة :
    - ➢ هلاك منزل بسبب زلزال يعفي من دفع الكراء أما هلاك المبيع فلا يعفي من دفع الثمن .

الفصل الثاني : آثار العقد من حيث الأشخاص :

المبحث الأول : الأثر الأول : مبدأ النسبية العقدية : 240 / 37 م إ ع

الفصل 273

إذا حل الأجل وتأخر المدين عن الوفاء فللدائن الحق أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا وإلا فسخ العقد مع أداء ما تسبب عن ذلك من الخسارة في كلتا الحالتين.

فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائن إمّا طلب الوفاء الجزئي أو فسخ العقد مع تعويض الخسائر في كلتا الحالتين وتجري في المماطلة القواعد المقررة بالفصول المتعلقة بالعقود الخاصة.

وفسخ العقد لا يكون إلا بحكم.

1 / نسبية الأثر الإلزامي للعقد :

+ يشمل الأثر الإلزامي الأطراف المتعاقدون . الخلف العام و الخلف الخاص و الدائنون العاديون

+ الغير لا ينجر له نفع و لا ضرر

2/ المعارضة بالعقد :

+ حق المتعاقدين في الإحتجاج بالعقد على الغير

+ حق الغير في الإحتجاج على المتعاقدين إذا ما إنجر له ضرر

المبحث الثاني : الأثر الثاني : الإشتراط لمصلحة الغير :

الفصل 38

يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير وإن لم يعين الغير إذا كان ذلك ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين. وحينئذ ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير ويكون له القيام به على الملتزم إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة وإذا اشترط شيء للغير فأعلم الذي اشترطه بعدم قبوله له فلا عمل على الشرط.

الفصل 39

يسوغ لمن اشترط على معاقده شيئا لمنفعة الغير أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشرط إلا إذا ظهر من العقد أن التنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير.

1 / شروطه :

+ وجود عقد بين المشترط و المستفيد

+ المستفيد : لا بد أن يكون معينا أو قابلا للتعيين

2 / آثاره :

+ المشترط و المتعهد : 39 تنفيذ العقد

+ المستفيد و المتعهد : يكتسب حقا مباشرا مستمدا من عقد المشارطة 38

+ المستفيد و المشترط : إنتفاء كل علاقة مديونية و مع إثارة مسألة قابلية الإشتراط للنقض.

- **مبدأ سلطان الإرادة :**

أي دور للإرادة في إنشاء العقود وأي دور لها في إحداث الآثار الملزمة للأطراف ؟ هنا تختلف الإجابة بين نظرية تقليدية مؤسسة على مبدأ سلطان الإرادة ونظرية حديثة تعتبر أن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون لا من الإرادة.

1 / نطاق المبدأ :

إن مبدأ سلطان الإرادة مبدأ أقرته النظرية التقليدية التي تعتبر أن الإرادة هي أساس العقد ومصدر الإلتزامات التي تنشأ عن العقود.

+ تجليات المبدأ :

يعتبر هذا المبدأ وليدا للفلسفة التحررية التي ميزت القرن الثامن عشر سياسيا والقرن 19 اقتصاديا.فالعقد لا ينبع إلا عن إرادة حرة طليقة وهو ما يؤسس للنتائج التالية :

- الحرية التعاقدية : أي حرية الشخص في التعاقد من عدمه وفي تحديد مضمون العقد.
- الرضائية : وتعني تكون العقود تكونا صحيحا بمجرد إلتقاء إرادتين دون تقيد الأطراف بشروط شكلية تقيد مبدأ سلطان الإرادة وتمس به.
- العقد شريعة الطرفين : يؤسس مبدأ سلطان الإرادة أيضا لقاعد ة العقد شريعة الطرفين ما يعني إحترام الإرادة الفردية عند التنفيذ فالعقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون فهو شريعة وقانون أيضا.

+ تأثر م إ ع بمدأ سلطان الإرادة:

تأثرت م إ ع منذ صدورها سنة 1906 بهذا المبدأ والذي تجلى خاصة في

- إقرار الرضائية في تكوين العقود لعدم تنصيص المجلة على شرط شكلي.
- تكريس عيوب الرضا في الفصل 43 وما بعد من م ا ع.
- التنصيص على القوة الملزمة للعقد في الفصل 242 من م إ ع.

2 / قيود المبدأ :

+ على مستوى الحرية التعاقدية : يعتبر شرط الشكلية من أهم القيود التي كرسها المشرع تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة وحماية لمصلحة الأطراف وذلك بإشتراط الكتب وأحيانا الكتب الرسمي في عدة أنواع من العقود على غرار العقارات المسجلة بل وإشتراط كاتبها كوجوبية إبرام العقود المتعلقة بالأصل التجاري من طرف محام مباشر.

+ على مستوى حرية الأطراف : عقود النفول و الشفعة و القواعد الآمرة التي لا يمكن الإتفاق على مخالفتها .

- **<u>تفسير العقد :</u>**

1 / جدوى التفسير :

النظرية الذاتية الفرنسية (التفسير يكشف الإرادة)

النظرية الموضوعية الألمانية (الأخذ بالإرادة الصحيحة) .

2 / قابلية التفسير : 513 إلى 515 :

الفصل 513

إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة.

الفصل 514

يسوغ تأويل العقد في الأحوال الآتية:

أولا : إذا كانت عبارته مناقضة للمقصود ولصريح الغرض منه عند تحريره.

ثانيا : إذا كانت عباراته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها.

ثالثا : إذا كان موجب الريب تناقض في فصول الكتب أوجب ترددا في حقيقة مدلولها.

الفصل 515

العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب.

+ شرط قبول التفسير : غموض العبارات أو وجود تناقض 514

+ جزاء مخالفة الشرط : خطأ : تعريف موجب للنقض .

3 / طرق التفسير :

+ البحث عن الإرادة المشتركة :

517 تأويل الفصول ببعضها البعض :

518 عبارة ذو معنيين الأخذ بما فيه فا ئدة :

الفصل 517

فصول الكتب تؤول ببعضها بأن يعطى لكل منها المعنى الذي تقتضيه جملة الكتب وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخر في نسق الكتابة.

الفصل 518

إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة فيه.

+ ضرورة إحترام قواعد العرف و الإنصاف و حسن النية :

516 إلى 531 مراعاة القواعد الآمرة في التفسير

الفرع الثاني : مادة الإثبات : النظرية العامة للحق

مصادر الحق و الإلتزام أربع حسب الفصل الأول من م إ ع العقد و شبه العقد و الجنحة و شبه الجنحة و هو تصنيف تقليدي يقابله تصنيف حديث يميز بين الواقعة و التصرف .

تطبيقات شبه العقد : هي ثلاثة : عمل الفضول و دفع مالا يلزم و الإثراء بلا سبب

يفترض كل منها شروط مادية و قانونية و آثار تتمثل في إمكانية القيام بالدعوى أمام القضاء للحصول على تعويض .

- التصرف الفضولي 1179 إلى 1194 من م إ ع :
- دفع ما لا يلزم : الفصول من 73 إلى 78 من م إ ع :

الفصل 73

من دفع ما ليس عليه ظنا منه أنه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر له أن يسترجع ما أداه ممن اتصل به لكن لا يلزم هذا بالرد إذا مزق رسم الدين أو أبطله أو سلم في توثقة الدين أو ترك القيام على المدين الحقيقي حتى سقط حقه في القيام بمرور المدة جهلا منه بحقيقة الأمر فلم يبق للدافع والحالة هذه إلا الرجوع على المدين الحقيقي.

الفصل 74

من دفع باختياره ما لا يلزمه عالما بذلك فليس له أن يسترجع ما دفعه.

الفصل 75

يجوز استرداد ما وقع دفعه لسبب مستقبل لم يقع أو لسبب موجود قد زال.

الفصل 76

لا يسترد ما دفع لسبب مستقبل لم يقع إذا كان الدافع عالما بأن حصول ذلك غير ممكن أو منع هو حصوله.

الفصل 77

يجوز استرداد ما دفع لسبب يخل بالقانون أو بالنظام العام أو بالأخلاق الحميدة.

الفصل 78

لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بدين سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع ممن يملك التفويت مجانا ولو دفع ظنا منه انه يلزمه الأداء أو جهلا بسقوط الدين.

- الإثراء بدون سبب : الفصل 71 من مجلة الالتزامات والعقود ينص على أنه : " من اتصل بشيء أو غير ذلك من الأموال مما هو لغيره أو صار ذلك في قبضته بلا سبب موجب لاكتسابه فعليه رده لصاحبه."

الجزء الأول : عبء الإثبات

1 / المبدأ : تحمل المدعي عبء الإثبات :

- الأساس القانوني : 420 م أ ع إمتداد للفقه الروماني و الإسلامي / 561 الأصل براءة الذمة حتى يثبت تعميرها / 562 الأصل بقاء ما كان على ما كان و على من يدعي غير ذلك الإثبات .
- تطبيق المبدأ : المدعي كل من يدعي شيئا في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

2 / الإستثناء : القرائن القانونية :

- الق الق القاطعة حجية مطلقة لا تقبل الدحض إلا بالزور ك ق إتصال القضاء و التقادم و البطلان .
- الق الق البسيطة حجية نسبية كالحوز و النسب و حسن النية .

الجزء الثاني : وسائل الإثبات

الفصل الأول : وسائل الإثبات الكاملة

- **الإقرار :**

- **الإقرار الحكمي :** الإعتراف من خصم او وكيله لدى الحاكم المأمور العمومي قد يكون صريحا أو ضمنيا .و هو وسيلة إثبات كاملة و وحدة كاملة لا يجوز تجزئتها 438 م إ ع . أما آثاره فيؤاخذ المرء بإقراره الحكمي و يؤاخذ به وارثه و من إنجر له حق منه 434 م إ ع .
- **الإقرار غير الحكمي :** 430 م إ ع خارج الجهاز القضائي خبير أو جهاز إداري
شروطه : أهلية الإلتزام و إرادة حرة خالية من عيوب الرضا .
موضوعه : لا يخالف النظام العام و الأخلاق الحميدة و لا يتعلق بأمر مستحيل أو يتناقض مع حكم بات .
آثاره : يلزم من صدر منه فقط

- **الكتب : التنوع حسب الفصل 441 م إ ع**

- الحجة الرسمية : مأمور عمومي قوة إثبات مطلقة تحض بالزور
- الحجة غير الرسمية : كتب يحمل إمضاء الطرفين و لم تصدر عن مأمور عمومي و تعد الوثيقة الإلكترونية كتبا .
- الكتائب الأخرى و نسخ الحجج: كدفاتر التجار و الكتابة على حجة الدين بما يفيد الخلاص

- **اليمين الحاسمة :**

492 إلى 500 يوجهها أحد الخصمين على الآخر

- طبيعتها : صلح بين الطرفين و وسيلة كاملة تنهي النزاع و تلزم القاضي
- شروطها : صفة الوكيل أو الطرف : الولد لا يوجهها على أبيه / الأهلية / موضوع اليمين : كل الدعاوي بإستثناء ما نص عليه الفصل 500 و هي يمين التهمة و إثبات معاملة بحجة رسمية و نفي أمر مثبت بحجة رسمية و مخالفة النظام العام و الأخلاق الحميدة و إثبات ما يخالف حكم بات و عديمة الفائدة .
- إجراءاتها : من يوجه اليمين يفقد حقه في كافة الأدلة و لا يمكن الرجوع فيها بعد قبول الخصم . و يمكن لمن وجهت ضده رفض أدائها و توجيهها على خصمه .

الفصل الثاني : وسائل الإثبات الناقصة :

- **شهادة الشهود :**
  - الفصول 498 م إ ع و قواعدها الإجرائية 92 إلى 100 م م م ت
  - اللجوء بطريقتين : طلب الأطراف أو الإذن من المحكمة
  - الشهادة من القضاء أو الجهاز الديبلوماسي
  - حياد الشاهد : تقدير القاضي
- **القرائن القضائية :**
  - 487 486 : وسيلة إثبات ناقصة لا تكفي لوحدها لحسم النزاع.
  - لا بد من تدعيمها باليمين الإستيفائية
- **اليمين الإستيفائية :**

يوجهها القاضي على الخصمين .

الفصل الثالث : مقبولية وسائل الإثبات :

- **إثبات التصرف القانوني :**
  - المبدأ : 473 أكثر من ألف دينار كتب / أقل كل الوسائل
  - الإستثناء : حرية الإثبات في الق التجاري
  - في المادة المدنية بإتفاق الطرفين أو الحجة غير كاملة 479 و فقدان الكتب أو تعذر الحصول عليه 478
- **إثبات الواقعة القانونية :**
  - المبدأ : حرية الإثبات 427
  - الاستثناء : وجوبية الكتب في بعض الحالات مثل إثبات الولادة و الوفاة بموجب مضمون الولادة أو رسم الوفاة .

الفرع الثالث : المسؤولية المدنية

تقديم عام

الجزء الأول : أسس المسؤولية

أسس المسؤولية المدنية نوعان إما أسس تقليدية والتي تشمل الخطأ والتبعية أو أسس حديثة أتى بها الفقه .

1 -أسس تقليدية :

- الخطأ: هو المبدأ العام في المسؤولية. أساس ذاتي و شخصي ويقوم الخطأ على تقدير شخصي للسلوك وله إيجابيات تتمثل خاصة في دوره الوقائي بمنع الاشخاص مسبقا من إلحاق الضرر بالغير .وقد إعتمدت م إ ع على النظرية الذاتية في الفصلين 82 و 83.ويتحمل المتضرر عبء الإثبات .
- التبعة: هي نظرية موضوعية تؤسس المسؤولية دون اشتراط الخطأ إذ يتحمل المستفيد تبعات نشاطه المربح.ولها دور وقائي للأضرار .وقد شهدت هذه النظرية تطبيقات وتدعيما بتعميم التأمين في ميدان الأنشطة الصناعية والاقتصادية.

2 - أسس حديثة :

تعتبر هذه النظريات الحديثة المؤسسة للمسؤولية المدنية بمثابة الداعم للنظريات القديمة والمكونة معها للإطار الشامل للمسؤولية المدنية على حد عبارة الأستاذ سامي الجربي في كتابه " شروط المسؤولية المدنية ص 24 :

- نظرية الضمان STARK

دافع B STARK في أطروحة دكتوراه سنة 1947 على نظرية الضمان وذلك بمعالجة أسس المسؤولية من زاوية المتضرر ما يعني تقديم حق الحرمة الجسدية والسلامة البدنية على حق التكسب والنشاط الإقتصادي وبالتالي إعطاء الأولوية للتعويض دون الحاجة إلى إثبات الخطأ فمركز الإهتمام هو المتضرر.

وقدم STARK B تحليلا توفيقيا بين نظرية الخطأ والتبعية ووجدت هذه النظرية انعكاسا لها في صناديق التعويض وتعميم التأمين ولكنها لاقت أيضا نقدا بإعتبارها تؤدي آليا إلى التعويض دون إشتراط مسبق لفعل غير مشروع.

- نظرية André Tunk

بعد أن كان الفقيه أندري تانك مدافعا عن النظرية الذاتية إلى جانب الإخوة MAZEAUD في مؤلفهم المشترك حول المسؤولية المدينة ، أصبح الفقيه المذكور يدافع عن وجهة نظر أخرى خاصة في نقده لتطبيق النظرية الذاتية في قضايا حوادث المرور التي يقوم فيها القضاء بوضع المتضرر والمسؤول على قدر المساواة وتحديد درجة المسؤولية ودرجة المساهمة في الخطأ ويقوم بتجزئة التعويض على هذا الأساس.وهو ما أدى لإستفادة قطاع التأمين الذي نشأ لتغطية الأضرار الناتجة عن حوادث المرور وعن جميع الأنشطة الأخرى وبات غير منصف للمتضررين.

يؤسس أندري تانك نظريته على أساس أن للمتضرر حقا في التعويض لا يجوز أن يحرم منه خاصة عند وجود أضرار جسدية وبالتالي لا بد تعزيز جانب المتضرر و تجاوز سلبيات بقية النظريات.
ولاقت نظريته انتقادا شديدا في فرنسا ثم تم تبنيه في عدة بلدان مثل تونس والجزائر والسويد وفرنسا في سنة 1985.

- نظرية إنشاء الخطر:الفقيهة البلجيكية G. Shamps

تتأسس هذه النظرية على ضرورة التعويض للمتضرر من الأنشطة الخطيرة بطبيعتها أوالتي تنشأ الخطر بتجهيزاتها أو الطاقة المستخدمة فيها وبالتالي يكون التعويض حتميا إذا تعلق بالسلامة الجسدية أو النفسية ولا تعويض عن الضرر اللاحق بالأموال.

- نظرية: مبدأ الحيطة:

تظهر هذه النظرية من خلال تبني الغاية الوقائية إلى جانب الغاية التعويضية: وخاصة في الحقوق المتعلقة بالجانب البيئي : حقوق البيئة.

الجزء الثاني : مفهوم المسؤولية المدنية

تنقسم المسؤولية القانونية إلى مسؤولية جزائية ومسؤولية مدنية يتعين بيان الفرق بينهما وتنقسم المسؤولية المدنية بدورها إلى مسؤولية تعاقدية ومسؤولية تقصيرية .

التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية

1 - ميزات المسؤولية المدنية :

الغاية:مصلحة الفرد
الجزاء:التعويض
الفعل:كل فعل غير مشروع
الدعوى: يثيرها المتضرر الأهلية 13 سنة
التأمين: ممكن
التضامن: ممكن

2 – ميزات المسؤوية الجزائية

الغاية:مصلحة الفرد
الجزاء عقاب
الفعل :مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات
الدعوى:تثار من النيابة أو من المتضرر
الأهلية: 18 سنة + إجراءات خاصة بالصغير غير المميز
التأمين: غير ممكن في الجرائم القصدية
التضامن: لا يمكن إلا في الجرائم الديوانية و الشيكات

3 - قيام المسؤولية المدنية و المسؤولية الجزائية عن فعل واحد

يمكن الخيار وفق ف7 إج:
1 / القيام بدعوى مسؤولية مدنية + الدعوى الجزائية فيحكم القاضي بالإدانة و التعويض/عدم سماع الدعوى و التخلّي عن الدعوى المدنية للقاضي المدني

2/ القيام بدعوى مدنية منفصلة أمام القاضي المدني ما يطرح فرضيتين:

- الأولى: تعهد القاضي المدني بالدعوى بالدعوى المدنية قبل البت في الدعوى العمومية من قبل القاضي الجزائي و في هذه الحالة يتوقف النظر في المدني الى حين البت في الجزائي ف7 فقرة 2 إج وفق مبدأ "الجزائي يعقل المدني "
- الثانية: تعهد القاضي المدني بالدعوى المدنية بعد حكم جزائي بات

المخطط :
1 / أساس التفرقة :

+ من حيث أساس المسؤولية و مصدرها :

المسؤولية الجزائية : تضرر المجتمع بفعل إجرامي يخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

المسؤولية المدنية : تضرر بفعل شخصي و ليس هناك قائمة تفصيلية إنما نصوص عامة 82 83

+ من حيث إثارة الدعوى و طبيعة الجزاء :

المسؤولية المدنية دعوى مدنية شروط الفصل 19 م م م ت و الجزاء تعويض

المسؤولية الجزائية : دعوى جزائية و مدنية و الجزاء عقابي على الجريمة .

2 / قيام المسؤوليتين على فعل واحد :

الفصل 7 م إ ج :

+ الجمع بين الدعوى العمومية و الدعوى الجزائية :

+ الإنفصال بين الدعويين :

تعهد القاضي المدني قبل صدور حكم جزائي بات : الجزائي يوقف المدني

تعهد القاضي المدني بعد حكم جزائي بات : حجية الأمر المقضي به جزائيا على المدني

4 - مدى حجية الحكم الجزائي السابق عن الدعوى المدنية
نجد في القوانين المقارنة من يكرس الإستقلال التام بين الدعوتين مثل الأنظمة الإنغلوسكسونية و من يكرس الربط المطلق بين الدعوتين أخذا بوحدة الخطأين المدني والجزائي مثل القانون الفرنسي .
في تونس:
- 101 م إع: حكم البراءة الجزائي لا يؤثر على نوع الحكم المدني / حكم الإدانة الجزائي يقيد القاضي المدني.

اختلف فقه القضاء في تأويل الفصل حتى أقرت الدوائر المجتمعة مبدأ وحدة الخطأين و التزام القاضي المدني بالحكم الجزائي إدانة أو براءة لكنها فتحت ممر أمان بتوصل أحكام ف 96 م إع لتأسيس دعوى التعويض على أساس الضمان (قرار تعقيبي مدني في 18 أكتوبر 1996)

- قانون 2005 إضافة باب خامس لمجلة التأمين متعلق بتأمين المسؤولية المدنية و التعويض في حوادث المرور : إذا قضى الحكم الجزائي بعدم تحديد السائق فلا يمكن للقاضي المدني أن يعتبر أحد المتضررين سائقا . و أصبحت التعويضات تعطي على أساس جدول مفصل محدد مسبقا .

<u>الخيار والجمع بين المسؤولية المدنية التقصيرية و المسؤولية المدنية التعاقدية</u>

- تفترض المسؤولية المدنية التعاقدية عقدا.
- <u>سؤال: هل يمكن الجمع بين الدعوى التقصيرية و الدعوى التعاقدية ؟</u>
- الإجابة : المبدأ: عدم الجمع حتى لا يستفيد المتضرر من مزايا النظامين (القضاء الفرنسي لا يجمع عكس انقلترا)
- <u>سؤال: هل يمكن الخيار بين الدعوى التقصيرية و الدعوى المدنية ؟</u>

الإجابة:

- أنصار عدم الخيار الفقه الفرنسي :
- أنصار الخيار غالبية الفقه و غالبية المشرعين :

الحجة 1 : المسؤولية التقصيرية تختلف تماما عن التعاقدية من حيث أركانها و أثارها.

الحجة 2: المسؤولية التقصيرية تهم النظام العام و يمكن اللجوء إليها في أي لحظة و قد أقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب حق الخيار بين المسؤوليتين و بين الدعوتين (قرار 42349 في 16 مارس 1995)

<u>التمييز بين المسؤولية التقصيرية و المسؤولية التعاقدية</u>

<u>1 / التفرقة بين المسؤوليتين :</u>

+ من حيث الأساس : المسؤولية التعاقدية تقتضي عقدا أما التقصيرية فلا تقتضي مثل هذه العلاقة.

+نطاق المسؤوليتين : توسع نطاق المسؤولية التعاقدية ليشمل القيام بدعوى ضد الباعث العقاري و المهندس العقاري و مكتب الدراسات في المسؤولية المتعلقة بالبناء .

<u>2 / الخيار أو عدم الخيار بين المسؤوليتين :</u>

+ الجدل الفقهي : تيار مناصر للخيار (بلجيكيا ألمانيا) و ضد الخيار (فرنسا و مصر)

+ المشرع التونسي : كرس الخيار بين المسؤوليتين و بين الدعويين ت م 42349 في 15 مارس 1995

الجزء الثالث : المسؤولية المدنية في القانون التونسي

يراوح القانون التونسي بين تبني النظرية الذاتية القائمة على الخطأ خاصة في الفصل 82 و 8 من م إ ع وتبني النظرية الموضوعية في الفصول 96 – 99 – 100 من م إ ع.
وتقوم المسؤولية باجتماع 3 أركان: الفعل الضار / الضرر / العلاقة السببية بينهما.

الركن الأول: الفعل الضار

يمكن أن يكون الفعل الضار صادرا عن الشخص نفسه فيكون مسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن الغير فيكون مسؤولية عن فعل الغير أو عن الشي ء فيكون مسؤولية عن فعل الشيء.

القسم الأول : المسؤولية عن الفعل الشخصي: الخطأ

عناصر الخطأ:

- التعدّي (خرق الواجب القانوني أو العرفي أو القضائي)
- إدراك التعدّي و هو الركن المعنوي للخطأ

أنواع الخطأ:

- العمدي ف 82 =جنحة خطأ غير عمدي = شبه جنحة 83
- خطأ بالفعل و خطأ بالترك
- درجات الخطأ : يسير / جسيم

تطبيقات الخطأ :

+ المسؤولية عن الخطأ الرياضي

- قانون 104 في 3 أوت 1994 متعلق بتطوير و تنظيم التربية البدنية و الأنشطة الرياضية.
- ف 27 أرسى نظام التعويض و التأمين الإجباري بالنسبة للهياكل الرياضية
- شروطها

1/ خطر رياضي: اختلف فقه القضاء بين اعتبار الخطر بمعنى الخطأ ما يؤسس لمسؤولية ذاتية و اعتباره ضررا ما يؤسس لمسؤولية موضوعية.
و عموما يقدر الضرر وفق الرياضي الصالح (معيار)
== خطر رياضي يؤدي بعلاقة سببية إلى حصول ضرر.
2/ لاعب مجاز من طرف الجامعة التونسية
3/ مباراة تحت إدارة و مراقبة الجامعة التونسية
--- الإصطدام عفوي أدى إلى كسر بالأضلع و عملية جراحية على الكلية. (حكم عدد 38386 في 25 أفريل 2005 مح ابتدائية بصفاقس)
----التعويض عن الخطر أثناء الحصّة التدريبية :المحكمة الابتدائية بصفاقس 41271 في 18 جوان 2007 ./39535 في 6 سبتمبر 1993 .
- ف61 من قانون 1994 و القرار 6135 في 18 ديسمبر 2009 : الجامعة التونسية تسهر على تنظيم المباريات و هي مسؤولة مدنيا عن عامل الأضرار التي تلحق باللاعبين و تؤمن إجباريا ما يؤدي إلى تحمل شركة التأمين التعويضات

+حماية المعطيات الشخصية:

- قانون 63 في 27 جويلية 2004
- تشمل المعطيات الشخصية الحق في الصورة و هو حق كل شخص بمنع استعمال صورته دون إذنه و منع إدخال تشويهات عليها وهو حق ذاتي حسب القرار التعقيبي 19320 في 25جوان 2008
- تفترض معالجة المعطيات الشخصية شروط ايجابية (احترام المصداقية, احترام الحياة الخاصة, الغرض المشروع, حدود ما هو ضروري) و شروط سلبية (ليس لغاية التشهير ف9 فقرة 2 و ليست للدعاية إلا بموافقة كتابية ف 27)
- استثناءات الموافقة الصريحة و الكتابية حسب قانون 2004 هي البحث العلمي و المصلحة الحيوية ف 12 , و المعلومات المتعلقة بالحياة العامة ف 4 .

قرار عدد 24818 في 15 جوان 2008 أقر التعويض لعاملة مختصة في الاستحمام و التمسيد في نزل نشرت صورتها على شبكة الإنترنت و هي نصف عارية بموافقتها الشفاهية ما مثل خدشا للحياء

قرار تع 67393 في 29 جانفي 2013 برنامج تلفزي حول السمنة نشر صورتين لشخصين.

قرار تعقيبي 20932 في 22 جانفي 2008 نشر صورة إمرأة معصبة العينين وهي في عملية تجميل بدون موافقة كتابية

قرار تعقيبي 62172 في 19 جوان 2012 نشر صورة فتاة وهي تمتطي مركبة ألعاب و استغلال الصورة في الدعاية.

+ التعسف في استعمال الحق

- ف 103 إع " من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن إجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق و لم يفعل فعليه العهدة المالية."
- شرط : ضرر فادح أمكن اجتنابه أو إزالته بدون خسارة

  عدم القيام بالإجتناب
- العهدة المالية: التعويض

مثال: اللجوء إلى القضاء مرات عدة لا يعتبر تعسّفا في استعمال حق التقاضي (قرار تع عدد 68919 في 5 مارس 2013)

+ مضار الجوار:

- ف 99-100 إع
- حدّد الفصلان شروط مضار الجوار

1/ المضار: تكون خارجة عن المألوف : موجات كهرومغناطيسية مح استئناف صفاقس 20290 في 12 أفريل 2007

2/ المتضرر: الجار و العبارة وردت عامة تعني المالك أو مستغل العقار.

3/ تقدير المضار: إزعاج غير مألوف و غير عادي متكرر و متواتر كأزير الطائرات و نباح الكلاب المتكرر

- مضار الجوار: إما اتخاذ الوسائل اللازمة لتجنب الضرر / إزالة النشاط تماما

و يخضع تحديد الجزاء للسلطة التقديرية للقاضي وفق قرار الدوائر المجتمعة عدد 36870 في 24 أفريل 1997.

- الإنتصاب السابق للجار لا يؤخذ بهذه الحجة حسب فقه القضاء الفرنسي

في تونس لم يتعرض لها المشرع و لا فقه القضاء

- الحساسية المفرطة للجار: مبدئيا ينظر للضرر من زاوية الضرر لا من ناحية الحساسية المفرطة للجار.

+مسؤولية الطبيب

- التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وفق ما ينص عليه فصل 31 مجلة واجبات الطبيب و قرار استئنافي عدد 47788 سنة 1998 و أساس هذه المسؤولية :الخطأ (المبدأ)
- يفترض النظام القانوني لمسؤولية الطبيب تحديد شروط المسؤولية و التفصي و التعويض
  - شروط: على المريض أن يثبت وجود الخطأ المسبب لضرر و العلاقة السببية
  - باثبات انه قام بالعناية اللازمة
  - التعويض : حسب المساهمة السببية في الضرر.

**** هناك بعض الإستثناءات التي يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة. (استثناء)

- التشخيص: خطأ في قراءة صورة الأشعة (قرار44674 في 11 جويلية 2010)
- استعمال آلات مستوصفية
- التلقيح الذي يؤدي إلى إصابات جرثومية (46473 في 28 ديسمبر 2009)
- شروط المسؤولية: على المريض إثبات الخطأ و الضرر و العلاقة السببية
- غير ممكن للطبيب إلا بإثبات الأمر الطارئ و القوة القاهرة
- التعويض كلي غير قابل للتجزئة

القسم الثاني :المسؤولية عن فعل الغير

الفصل 93 والفصل 93 مكرر.

- مسؤولية المتبوع عن فعل التابع : حسب الفصل 245 من مجلة الالتزامات والعقود تفترض شروطا تتمثل في (علاقة تبعية وحادث متعلق الوظيفة 117 من المجلة) وتنتج آثارا (التفصي يكون بإثبات السبب الأجبني ويمكن تدارك النقص التشريعي المتعلق بمسؤولية التابعبتوصل أحكام المسؤولية الشيئية.)
- مسؤولية الأباء عن فعل الأبناء : تفترض شروط تتعلق ب (شرط المساكنة التي تفترض الإقامة والتعهد والمراقبة وشرط أن يكون الطفل غير مميز عند قيامه بالضرر) وتنتج آثارا (القرينة المحمولة على الوالدين هي قرينة خطأ على المتضرر عبء الإثبات ويمكن التفصي من قبل الوالدين بإثبات القيام بالمراقبة اللازمة أو خطا المتضرر / يمكن التداعي على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء والتفصي يكون وفق أحكام كل قرينة).

القسم الثالث : المسؤولية عن فعل الأشياء

1 / قيام المسؤولية :

- شروط القيام :
- الشيء : كلمة عامة كل الأشياء الخطيرة وغير الخطيرة.
- فعل الشيء : الضرر لا بد أن يكون من فعل الأشياء وذلك وفق معيار الاتصال والملامسة أو معيار الحركة والجمود مع إثبات الوضعية غير الصحيحة .
- الحفظ : الحفظ القانوني والحفظ المادي أي الذي له الملك والذي له في حوزته ونميز كذلك بين الحفظ التناوبي والحفظ الجماعي.
- ميدان الانطباق :
- الفصل 96 : يشمل كل أنواع الدعاوي : الدوائر المجتمعة كرست استقلال المسؤولية الشيئية عن المسؤولية الشخصية.
- المسؤولية عن فعل الأشياء هي مسؤولية موضوعية على أساس دعوى الضمان.

2 / التفصي في المسؤولية الشيئية :

- تحمل المدعي عبء الإثبات
- التفصي بإثبات فعل كل ما يلزم لتجنب الضرر أو السبب الأجنبي

القسم الرابع : المسؤولية الخاصة عن حوادث المرور :

القانون المؤرخ في 15 أوت 2005

1 / شروط الانطباق :

- حادث مرور : الفصل 121 من مجلة الطرقات
- حصول الضرر بفعل السير

2 / نظام التعويض :

- الأضرار المادية اللاحقة بالسيارات : (الفصل 96 دعوى الضمان)
- الأضرار البدنية اللاحقة بالأشخاص :
- غير السائق : تعويض كامل المترجل الدراج راكب الجرار ولا يمكن معارضتهم إلا في حالة خطأ فادح غير مغتفر أو خطأ المتضرر الفصل 122 من مجلة التأمين.
- المتضرر السائق : حسب نسبة المسؤولية : جدول ملحق بقانون 2005 في مجلة التأمين يحدد كيفية احتساب الأضرار.

الركن الثاني : الضرر في المسؤولية التعاقدية

- ركن أساسي : الأذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة سواء كانت مادية و معنوية . 82 83
- خصائص الضرر : الضرر الثابت و المحقق / الضرر شخصي و مباشر / الضرر ماس بمصلحة مشروعة.

- إدراك الضرر : النقاش النظري نميز فيه بين النظرية الذاتية التي تقتضي وعي الشخص بالضرر و النظرية الموضوعية التي تعتبر أن الضرر ما يلاحظ و يعاين من الغير . أما التطبيق القضائي فيتجه نحو النظرية الموضوعية .
- أنواع الضرر :

- الضرر المادي : في المسؤولية التقصيرية 107 م إ ع و في المسؤولية التعاقدية 278 م إ ع
- الضرر الأدبي :

+ قابلية الضرر الأدبي للتعويض : نقاش فقهي بين الرفض و القبول .

+ المشرع التونسي فقد حسم النقاش الفقهي فالفصول 82 83 لا تميز بين أنواع الضرر فالكل الأنواع قابلة للتعويض .

+ أنواع الضرر الأدبي : ضرر الألم ضرر التمتع بالحياة الضرر الجمالي ضرر الموت ضرر الإكتئاب ضرر خدش العواطف و المعتقدات .

الركن الثالث : العلاقة السببية

1 / قيام العلاقة السببية :

- النظريات :

- نظرية تعدد الأسباب (كل الأسباب لها نفس القيمة ألمانيا)

- نظرية السبب المنتج أو الفعال .

- التطبيق القضائي : أخذ بالنظريتين : ت م 9 فيفري 1971

2 / إنتفاء العلاقة السببية :

- إثبات السببية : المدعي عبء الإثبات .
- أسباب الإعفاء : السبب الأجنبي : (أمر طارئ 282 أو قوة قاهرة 283 282) أو فعل المتضرر و خطأه .

الفرع الرابع : مادة العقود الخاصة

محتوى المادة : الوكالة / البيع / الكراء / الوديعة / القرض / الإيجار على الصنع / العربون.

الجزء الأول : عقد الوكالة

يعرف الفصل 1104 م إ ع الوكالة بأنها " عقد يكلف به شخص شخصا آخر بإجراء عمل جائز في حق المنوب و قد يتعلق بالتوكيل أيضا حق الموكل والوكيل أو حق الموكل والغير أو حق الغير فقط "

- النيابة في التعاقد هي " نظام قانوني مؤداه حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف أثاره إلى الأصيل لا النائب "

غير أن النيابة يمكن أن تكون قانونية أي مصدرها القانون كما هو الشأن بالنسبة للولاية والتقديم ويمكن أن تكون اتفاقية يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من الأصيل وبهذا تكون الوكالة أبرز تطبيقات النيابة.

- وجب تمييز الوكالة عن الاشتراط لمصلحة الغير نظرا للشبه الكبير بينهما فالاشتراط لمصلحة الغير هو عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص يسمى المتعهد بأن يقوم بأداء عمل معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع فيكتسب هذا الأخير حقا مباشرا بموجب التصرف المبرم بين المشترط والمتعهد وهنا يبرز وجه الاختلاف الجذري بين المؤسستين ضرورة أن الاشتراط لمصلحة الغير يرتب وضعا لا تقتصر فيه آثار التصرف على طرفين وإنما تتعدى لشخص ثالث وفي المقابل فإن الوكالة تفترض بقاء الوكيل بعيدا عن آثار التصرف القانوني الذي يبرمه والتي تقتصر فحسب على الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل .

الجـــزء الأول : قيام الوكالة :

الفصل الأول : شروط صحة التعاقد بالوكالة :

المبحث الأول : الشروط المتصلة بذات المتعاقدين :

تتمحور الشروط المتصلة بذات المتعاقدين حول ركن التراضي كأساس للتعاقد بالوكالة (فقرة أولى) وركن الأهلية كشرط لسلامة التعاقد بالوكالة (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولى : الرضا أساس التعاقد بالوكالة :

إذا كان العقد في حالة الوكالة لا يتكون إلاّ بتلاقي إرادة الوكيل من جهة وإرادة المعاقد الآخر من جهة أخرى فإن ذلك لا يجب أن يحجب عنا أن الوكالة في الأصل عقد رضائي لا ينعقد بإرادة منفردة بل بالإيجاب والقبول حسبما مقتضيات الفصل 1109 م إ ع والذي اقتضى أن التعبير عن الرضا في الوكالة يتم إمّا صراحة (أ) وإما بالدلالة (ب) .

أـ الوكالة الصريحة :

ب- الوكالة الضمنية :

الفقـرة الثانيــة : الأهلية شرط لسلامة التعاقد بالوكالـة :

لئن كان وجوب توفر أهلية " الإلزام للالتزام " في الغير المتعاقد مع الوكيل شرط لا خصوصية فيه لكونه يخضع للأحكام العامة للأهلية فإن المشرع خص الوكيل والموكل بفصل مستقل وميز أهلية الموكل (أهلية كاملة) عن أهلية الوكيل (أهلية مقيدة) .

المبحث الثاني: الشروط المتصلة بمضمون العقد :

الفقرة الأولى: المحل :

الوكالة موضوعها تصرف قانوني وهذا التصرف يجب أن تتوفر فيه الشروط التي حددها الفصل 1107 م إ ع الذي نص بفقرته الأولى على وجوب أن يكون التصرف ممكنا ومعينا وعلى وجوب أن يكون جائزا.

الفقرة الثانية : السبب :

على الرغم من أن المشرع التونسي لم يحدد أحكاما خاصة للسبب في مادة الوكالة فإن ذلك لا ينفي أهمية السبب كركن أساسي في صحة الوكالة ضرورة أن كل التزام يجب أن يكون قائما على سبب يبرره وهو ما يستدعي منا الرجوع على أحكام السبب كيفما نظمتها مجلة الالتزامات والعقود لذا فإن السبب في الوكالة يجب أن يكون جائزا وثابتا.

الفصل الثـانــي: حدود التعاقد بالوكالــة :

إن العقد المبرم بمقتضى الوكالة وإن كان يقوم ويرتكز أساسا على مبدأ الحرية التعاقدية فإن ذلك لا يعني أن الوكالة في حد ذاتها لا تقيدها ضوابط قانونية وأخرى اختيارية.

لقد أورد المشرع في مادة الوكالة قيودا خاصة لا يمكن للأطراف أن تتفق على خلافها فمنها ما هو متصل بشكل الوكالة (فقرة أولى) ومنها ما هو متصل بنوعها (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولــى : القيود الواردة على الشكـل :

لئن خص المشرع في بعض الحالات الوكالة بصيغة مخصوصة فاشترط في بعض الصور تحرير كتب وفي صور أخرى اشترط حجة.

بقدر ما يمكن اعتبار الشكلية استثناءا لمبدأ الرضائية فإن اشتراطها في بعض صور الوكالة يمثل في الحقيقة قيدا على إرادة الأطراف فمهما كانت هذه الشكلية فإن الوكالة لا تصح إلاّ بتوفرها وقيامها حسب الصيغة والطريقة التي حددها القانون .

فقد اشترط المشرع بالنسبة لبعض عقود الوكالة تحرير كتب من ذلك مثلا كاتب التأمين وهم الشخص المكلف بمقتضى التوكيل بإبرام عقود التأمين باسم مؤسسة تأمين ولحسابها كما اشترط المشرع الكتب بالنسبة للوكيل العقاري.

ولم يتردد المشرع في اشتراط الحجة العادلة في حالات أخرى ومن بينها التوكيل في الزواج فالثابت أنه يجوز إعطاء الوكالة من الزوج أو الزوجة طبقا للفصل 9 م أ ش ويجب أن يحرر التوكيل بحجة رسمية ويتضمن صراحة تعيين الزوجين وإلاّ عدّ باطلا وهناك شرط إضافي ورد بالقانون المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 وهو أن يتضمن التوكيل صراحة رأي الوكيل في مسألة الاشتراك في الملكية من عدمه .

الفقرة الثانية: القيود الواردة على النوع :

مهما كان مجال التعاقد بالوكالة واسعا فإن الأطراف لا يمكن أن تتعاقد إلاّ في إطار صنفين اثنين: الوكالة العامة (أ) أو الوكالة الخاصة (ب) .

أ- الوكالة العامة :

عرفها الفصل 1119 م إ ع " إطلاق يد الوكيل في جميع أمور موكله أو التفويض له في أمر خاص " فالتوكيل حسب هذا التعريف إما ذلك الذي يمنح الوكيل صلاحية غير مقيدة في إدارة كل مصالح الموكل أو ذلك الذي يمنحه صلاحيات عامة غير مقيدة في أمر خاص ومثال ذلك أن مالك العقار يفوض النظر للوكيل في أمر بيعه أو كرائه أو المعاوضة به .

غير أن الوكالة العامة لا تخول للوكيل المفوض أن يقوم بعديد الأعمال والتصرفات بدون نص صريح وهذه الأعمال التي تستوجبوا توكيلا خاص هي توجيه اليمين الحاسمة والإقرار لدى القضاء والدفاع أمام القضاء في أصل الدعوى وقبول الحكم والتنازل عنه وإجراء الصلح وقبول التوكيل والإبراء من الدين والتفويت في العقار أو رهنه والتبرع وبيع محل التجارة.

والجدير بالإشارة أن جميع هذه الأعمال أوردها المشرع بالفصل 1120 م إ ع على سبيل الحصر وهي الأعمال التي اصطلح على تسميتها الفقهاء " بأعمال التصرف " .

ب - الوكالة الخاصة :

عرف المشرع الوكالة الخاصة بأنها تلك التي تتعلق بنازلة أو نوازل مخصوصة أو التي تقتصر على مأمورية مخصوصة أي معينة ومن أمثلة الوكالة الخاصة التوكيل على الزواج أو التوكيل على بيع عقار.

ومن أهم ما يميز الوكالة الخاصة أنها لا تخول للوكيل إلى القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري ويستخلص من ذلك أنه لا يمكن التوسع في تفسير التوكيل الخاص بل يجب تفسيره بدقة وبصورة ضيقة فالتوكيل بإبرام تصرف معين لا يشمل القيام بدعوى حول صحة التصرف والتوكيل بالبيع لا يشمل الاقتراض باسم الموكل .

غير أن عدم التوسع في تفسير الوكالة الخاصة لا يتعارض مع وجود نوع من الأعمال الغير معينة في العقد ولكنها مشمولة بالوكالة وذلك إذا كانت من التوابع الضرورية بحسب العرف

ونوع العمل حسبما اقتضاه الفصل 1117 م إ ع فالوكالة في البيع تشمل تسليم المبيع والوكالة في الإيجار تشمل تسليم العين المؤجرة والوكالة في الشراء تفترض تسلم العين المشتراة .

ولكن الشيء الثابت وأن الأطراف متى تقيدت بجملة الضوابط التي حددها المشرع يمكن لها أن تتفق لسبب أو لآخر على وضع ضوابط أخرى تجد مصدرها في الإرادة الشخصية.

الجزء الثانـــي : أثار عقد الوكالة :

الفصل الأول : في علاقة الوكيل بالموكل :

مبحث أول : التزامات الوكيل تجاه الموكل

الفقرة الأولى : الإلتزامات المتصلة بتنفيذ الوكالة

الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في غاية الاعتناء مع تمام الأمانة دون أن يتجاوز حدودها المرسومة غير أن تنفيذ الوكالة وإن كانت لا تثير أي صعوبة من هذه الناحية (أ) فإن الأمر يختلف في حالات محددة كتعدد الوكلاء وجود نائب وكيل لتعلقها بأحكام خاصة (ب) .

أ – كيفية التنفيـذ :

إن تنفيذ الوكالة على أحسن وجه يقتضي من الوكيل أن يبذل العناية الكافية في تنفيذها فعليه القيام بما وكل عليه بغاية الاعتناء والتثبت كما ورد في الفصل 1131 م إ ع وهو مسؤول بالخسارة الناشئة للموكل بسبب تقصيره .

ويعد مسئولا كذلك إذا خالف التعليمات الصادرة له من موكله أما إذا توفرت للوكيل أسباب معتبرة تدفعه إلى مخالفة التعليمات التي تلقاها أو مخالفة ما جرى عليه العرف وجب عليه أن يبادر بإعلام موكله على الفور وأن ينتظر جوابه ما لم يكن في الانتظار خطر .

والملاحظ أن المشرع يوجب تشدد في تفسير التزام بذل العناية في تنفيذ الوكالة وهو ما يؤكده الفصل 1132 م إ ع الذي ينص على أن الضمان الذي قرره الفصل 1131 م إ ع يشتد حكمه إذا كانت الوكالة بأجر أو في حق صغير أو مولى عليه أو ذات معنوية .

كما أن تنفيذ الوكالة على أحسن وجه يقتضى من الوكيل أن ينفذ التزامه مع تمام الأمانة والنزاهة فيمنع عليه أن يتصرف لمصلحته الشخصية فإذا وكل مثلا على الاقتراض فلا يحق له استعمال المبلغ المقترض لمصلحته الشخصية وفي هذا المعنى وبصفة خاصة يمنع على الوكيل أن يتعاقد مع نفسه ولو بواسطة فلا يمكنه شراء ما وكل لبيعه تطبيقا لمقتضيات الفصل 549 م إ ع الذي جاء به أنه " من كان له التصرف بالنيابة عن غيره ... ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة " .

ومن مقتضيات تنفيذ الوكالة أن ينفذ الوكيل المهمة التي كلف بها ضمن الحدود المرسومة له " بلا زيادة ولا نقصان " كما ورد بالفصل 1121 م إ ع وإذا فعل الوكيل ما يتجاوز وكالته أو يخالف التعليمات الصادرة له من موكله يتحمل مسؤولية ذلك يقدر ما تجاوز به توكيله.

غير أن تنفيذ الوكالة قد يعتريه شيء من التداخل والتعقيد في حالة تعدد الوكلاء أو في حالة توكيل الوكيل نفسه لغيره .

ب- حالات تعد الوكلاء ونائب الوكيل :

إذا تعددت التواكيل في نازلة واحدة أجاز المشرع بالفصل 1126 م إ ع لكل من الوكلاء أن يباشر النازلة وذلك في مغيب الباقين .

غير انه إذا عين الموكل بعقد واحد من أجل أمر واحد عدة وكلاء لا يجوز لهؤلاء أن يعملوا منفردين ما لم يكونوا مأذونين في ذلك من الموكل فالأصل أنه لا يجوز لأحد من الوكلاء أن يجري أي عمل في غياب الآخر حتى لو تعذر على هذا الأخير الاشتراك معه في إجرائه والسبب هو أن الأمر يحتاج إلى تشاور وتبادل للأراء لكن هذا الحكم لا ينطبق في الصور التالية :

- إذا كانت الوكالة لرد وديعة أو بالوفاء لدين غير متنازع فيه ومستحق الأداء فهذان العملان لا حاجة فيهما إلى تبادل الرأي بين مختلف الوكلاء .

- إذا كانت الوكالة على خصام أو لاتخاذ إجراء تحفظي في مصلحة الموكل أو كان هناك أمر مستعجل من شأنه إذا ترك أن يلحق ضررا بالموكل أو كانت الوكالة بين تجار في معاملات تجارية.

فهذه الصور تتطلب السرعة لذلك لا يشترط اشتراك الوكلاء في العمل فيجوز فيها لأحد الوكلاء أن ينفرد دونهم بمباشرة العمل الموكل عليه ما لم يصرح بالعكس .

هذا وقد بين الفصل 1140 م إ ع المسؤولية المدنية في حالة تعدد الوكلاء وهي مسؤولية بالتضامن والملاحظ أن هذا الفصل تضمن أحكاما مطابقة للقواعد العامة في التضامن بين المدينين الواردة بالفصل 174 و175 م إ ع .

وأما في خصوص إنابة الوكيل غيره عنه في تنفيذ الوكالة فإنه يجب التمييز بين الوكالة العامة والوكالة الخاصة فإذا كان التوكيل عاما فيجوز للوكيل المفوض أن ينيب عنه شخصا آخر في تنفيذ الوكالة سواء كلها أو بعضها كما جاء في الفصل 1128 م إ ع والأرجح أن هذا الحل يقوم على فكرة الضرورة العملية ولكنه يبدو مخالفا لفكرة تعلق الوكالة في أغلب الأحيان بالاعتبار الشخصي.

وأما إذا كانت الوكالة خاصة فإنه ليس للوكيل مبدئيا أن ينيب غيره في تقييد الوكالة وهو حل منطقي لأن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي ولكنه حل غير مطلق إذا يمكن للوكيل أن ينيب عنه شخصا آخر وذلك في الحالات التالية على وجه الحصر.

- إذا جعل الموكل ذلك أي خوله هذا الحق عند إبرام الوكالة أو أذن له في تاريخ لاحق.

- إذا ما اقتضاه نوع التوكيل أو مقتضيات الحال أي ما اقتضته طبيعة العمل .

وبالنسبة للمسؤولية في حالة إنابة الوكيل غيره فإنه يتعين التمييز بين صورتين :

الأولى إذا لم يكن الوكيل مخولا توكيل غيره في الوكالة ومع ذلك أناب عنه شخصا آخر للقيام يكون حينئذ مسؤولا عمن ينيبه كما يسأل عن أفعاله شخصيا وهو ما يفهم من الفصل 1129 م إ ع.

والثانية إذا كان الوكيل مخولا لتوكيل غيره فالحكم هنا يختلف بحسب تعيين شخص من عدمه فإن كان للوكيل حق توكيل غيره بدون تعيين شخص فلا يكون مسؤولا تجاه الموكل عن الأخطاء التي ارتكبها نائب الوكيل ولكن يصبح الموكل ضامنا أي مسئولا إذا ارتكب هو خطأ أو أخطأ في إعطاء تعليمات كانت سببا في الضرر أو أغفل مراقبة نائب الوكيل والحال أن المراقبة واجب محمول عليه .

وأما إذا كان للوكيل حق توكيل غيره مع تعيين شخص فلا يسأل الوكيل عمن وكله وفي كل الحالات يكون نائب الوكيل مسئولا لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه وله ما للوكيل من الحقوق ويترتب عن ذلك أن يكون للموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

الفقرة الثانية : الالتزامات المتصلة بتقديم الحساب والتسليم :

عملا بالفصول 1135 و1136 و1137 م إ ع 1يلتزم الوكيل تجاه موكله بتقديم الحساب وما يستوجبه ذلك من موافاته بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة (أ) وأن يسلمه ما وصله بمناسبتها (ب) .

أ- الالتزام بإعلام الموكل ومحاسبته :

يوجب القانون على الموكل أن يوافي موكله بكل المعلومات الضرورية المتعلقة بسير تنفيذ الوكالة سواء إثناء تنفيذها أو بعده فهو يتحمل إلتزاما بإعلام موكله بجميع الظروف التي يمكن أن تحمل هذا الأخير على تغيير شروط الوكالة أو الرجوع فيها وهو ما قصده الفصل 1134 م إ ع في التأخير عن الوكالة كما أن الوكيل مطالب بأن يبادر بإعلام الموكل على وجه التفصيل بكل ما يمكنه من الوقوف على مراحل تنفيذ العمل على أن تأخر الموكل عن الجواب بعد إعلامه تأخرا زائدا عما يقتضيه الأمر أو العرف يعد موافقة على ما أجراه الوكيل حتى ولو كان هذا الأخير قد تجاوز حدود وكالته حسبما قرره الفصل 1135 م إ ع .

وبمجرد تنفيذ الوكيل لوكالته يجب عليه أن يعلم موكله بكل ما يتصرف فيه وأن يعدم له حسابا مفصلا وشاملا لجميع الأعمال يتضمن ما قبضه وما أنفقه ومدعما بالمستندات التي يقتضيها العرف أو طبيعة التعامل .

ب- الإلتزام برد ما وصله بمناسبة الوكالة

بعد أن يتولى الوكيل تقديم الحساب للموكل على الوجه الذي تم شرحه فيما تقدم يجب عليه أن يسلم موكله كل ما تسلمه بموجب الوكالة أو بمناسبتها وهو ما يقتضي منه رد ما في يده من وثائق كرسم التوكيل ورسوم الملكية وغيرها من البضائع والمبالغ التي لم يقع صرفها وعليه أن يسلم للموكل كل ما تسلمه من الغير كالشيء الذي إشتراه أو المبالغ التي قبضها غير أن لا شيء يمنع الوكيل من ممارسة حق الحبس على الأشياء التي وجهها إليه الموكل أو سلمها إياه

وذلك لاستيفاء ما يستحقه من مبالغ أو حقوق تخلدت لفائدته في ذمة الموكل و لم يتسنى له استيفاؤها .

والملاحظ أن الوكيل يتحمل مسؤولية كبرى عن الأشياء التي إستلمها فهو وبمقتضى الفصل 1137 م إ ع ضامن عن الأشياء التي قبضها بمناسبة الوكالة وقد أحال الفصل المذكور إلى القواعد المنطبقة على الوديعة مفرقا في ذلك بين الوكيل المتبرع والوكيل المأجور فالوكيل المتبرع ملزم بالمحافظة على صيانة الأشياء التي تسلمها بمناسبة الوكالة كما يحافظ على أشيائه الخاصة ولا يحق له أن ينيب عنه شخصا آخر في المحافظة على تلك الأشياء إلاّ بإذن الموكل أو لضرورة متأكدة حسبما قرره المشرع في الفصل 1006 م إ ع ولكنه لا يكون مسؤولا عن هلاك هذه الأشياء أو تعييبها إذا كان ذلك ناجما عن ماهية الأشياء أو لجود عيب فيها أو عن فعل الموكل أو عن قوة قاهرة وكل ذلك إذا لم يكن متأخرا في إرجاع هذه الأشياء وهو ما يفهم من الفصل 1022 م إ ع الذي أحال إليه الفصل 1018 م إ ع وأما إذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ضامن بصريح عبارة الفصل 1137 م إ ع حتى من أسباب الضياع والضرر التي يمكن التحذر منها وبالإضافة إلى المسؤولية المدنية فإن الوكيل الذي يختلس لم يترك الأشياء المسلمة له على وجه الوكالة بنية الإضرار الموكل يرتكب جريمة الخيانة على معنى الفصل 297 من المجلة الجزائية .

وفي كل الأحوال فإنه بإنقضاء الوكالة وجب على الوكيل رد رسم التوكيل إلى موكله أو وضعه بالمحكمة طبقا لأحكام الفصل 1139 م إ ع ويبقى الموكل أو ورثته مطالبون بإسترداد هذا الرسم .

<u>المبحث الثاني : التزامات الموكل تجاه الوكيل :</u>

لئن كان الموكل مطالب بصفة عامة بتقديم الوسائل اللازمة لمعاقده لتنفيذ الوكالة وذلك بمده بالمبالغ المالية اللازمة وغيرها مما يحتاج إليه لإتمام وكالته طبقا لما جاء بالفصل 1141 م إ ع فهو مطالب بالأخص برد النفقات والتعويض عن الأضرار وبأداء الأجر في حالة الوكالة المأجورة.

الفصل الثاني : في علاقة الوكيل والموكل بالغير المتعاقد

إذا كان جوهر مهمة الوكيل هو لتعاقد مع الغير لحساب الموكل فإن أثر ما يختلف ما إذا كان الوكيل تصرف في حدود السلطة الممنوحة له (مبحث أول) أو تجاوز حدود هذه السلطة أو تصرف دون وكالة أصلا (مبحث ثاني) .

المبحث الأول : تصرف الوكيل في حدود السلطة الممنوحة له

يتعاقد الوكيل في الغالب مع الغير بإسم موكله (فقرة أولى) وفي هذه الصورة يكون نائبا عن موكله نيابة كاملة ومباشرة غير أن الوكيل يتعاقد أحيانا مع الغير باسمه الشخصي (فقرة ثانية) وهي النيابة الناقصة وغير المباشرة .

الفقرة الأولى : تعاقد الوكيل بإسم موكله

عندما يعمل الوكيل باسم موكله وفي حدود وكالته يقع تطبيق قواعد التعاقد بالنيابة بما يعنيه ذلك من إنصراف آثار تصرف الوكيل إلى موكله (أ) غير أن ذلك لا يبقي إمكانية قيام مسؤولية الوكيل في حالات بعينها (ب) .

أ- إنصراف آثار تصرف الوكيل إلى الموكل

الوكيل الذي يتعاقد مع الغير باسم موكله أو كما عرفه الفصل 1149 م إ ع الذي يضيف العقد إلى موكله ويحق للغير في هذه الحالة أن يطالبه بإظهار رسم التوكيل وإن لزم الأمر نسخة قانونية منه. ويتضح من الفصل 1153 م إ ع أن الموكل هو الذي يعتبر طرفا في التعاقد وإليه تنصرف جميع آثار التصرف القانوني الذي أبرمه الوكيل لحسابه فلا تتأثر ذمة الوكيل لا إيجابا ولا سلبا ولا يتحمل مبدئيا أي مسؤولية ومن ثمة يصبح الموكل هو الدائن أو المدين.

وعلى هذا الأساس يترتب قيام علاقة تعاقدية مباشرة بين الموكل والغير الذي تعاقد معه الوكيل وهو ما أكده المشرع في الفصلين 1149 م إ ع و 1154 م إ ع غير أنه استثناءا من ذلك يمكن أن يكون الوكيل مسؤولا حتى ولو تعاقد باسم موكله وذلك في حالات محددة .

ب- مسؤولية الوكيل تجاه الغير

المبدأ أنه لا يجوز للغير في صورة تعاقد الوكيل بإسم موكله أن يطالب إلاّ الموكل فالوكيل لا يتحمل إلتزامات ناشئة عن العقد غير أنه يحق للغير أن يرفع الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد حين يكون تنفيذه داخل في نطاق وكالته كأن يطلب مثلا البائع من الوكيل ثمن البيع إذا كان أداؤه داخلا في وكالته .

كما أنه إذا كانت الوكالة منعقدة في حق الغير على معنى الفصل 1104 م إ ع فإنه يحق لهذا الأخير إلزام الوكيل على تنفيذ الوكالة إعتبارا لمصلحته في ذلك.

ويعتبر كذلك مسؤولا شخصيا عن فعله الوكيل الذي يرتكب خطأ يستوجب مسؤولية كأن يرتكب فعلا ضارا في تنفيذ الوكالة .

وهناك صورة أخرى تمثل استثناءا لمبدأ إنصراف الأثر المباشر لتصرف الوكيل وهي حالة الغش أو التواطئ بين الوكيل والغير لإلحاق المضرة بالموكل كأن يقبل الوكيل بيع الشيء بثمن بخس بموجب توكيل له فالموكل في هذه الحالة لا يلزم بالعقد حتى ولو أن الوكيل لم يتجاوز حدود وكالته والجدير بالملاحظة أن هذا الحلّ وقع تكريسه في فقه قضاء محكمة التعقيب الفرنسية وهو في كل الأحوال حل بتطابق مع المبدأ العام الذي يقضي بأن الغش يبطل التصرفات القانونية .

<u>الفقرة الثانية : تعاقد الوكيل بإسمه الشخصي</u>

إذا أجرى الوكيل تصرفا بإسمه الشخصي ولكن لحساب موكله فإن الوكالة هنا تكون وكالة مستترة وتسمى " عقد التسخير " أو " عقد الاسم المستعار " ويقع الحديث عن تعاقد بإسم مستعار أو بطريقة التسخير ويبقى من المهم التطرق تباعا إلى دواعي تعاقد الوكيل بإسمه الشخصي (أ) ثم إلى أثاره (ب).

أ- دواعي تعاقد الوكيل بإسمه الشخصي

التعاقد بإسم مستعار يكون في الغالب في الحالات التي يحرص فيها الموكل على إخفاء اسمه لسبب من الأسباب سواء كان جائزا أو غير جائز فالأغراض المشروعة لتسخير وكيل كثيرة منها أن يقصد الموكل بذلك أن يشتري ما في المزاد لكنه يخشى بظهور اسمه أن يتقدم أشخاصا يتزايدون عليه لعلمهم بحاجته الماسة إلى شراء ذلك الشيء فيضطر لدفع ثمن أرفع أو حتى لا يرفض البائع البيع إلى المشتري الحقيقي لوجود خلافات بينهما مثلا وهذا النوع من التسخير صحيح قانونا لأنه ضرب من ضروب الصورية والصورية لوحدها ليست سببا لبطلان التصرف كما ذهب إلى ذلك الفقيه إسماعيل عبد النبي شاهين وغيره.

وإما إذا كان التعاقد بطريقة التسخير لسبب غير جائز فيكون باطلا كأن يتعاقد قاض أو محام على شراء حق متنازع فيه ويحجر عليه شراؤه بواسطة شخص آخر يتولى تكليفه بشرائه تحايلا على نص القانون .

وفي نفس السياق حجر الفصل 549 م إ ع على من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير أن يعقد لنفسه ولو بواسطة وذهب فقه القضاء إلى اعتبار أن هذا التحجير "ليس مقصورا على المقدم والمدير المنصوص عليهما بالفصل المذكور بل يمتد حكمه حتى إلى الوكيل الإتفاقي..."

ب- أثار تعاقد الوكيل بإسمه الشخصي :

نص الفصل 1148 م إ ع على أن " حقوق العقد الذي يضيفه الوكيل إلى نفسه ترجع إليه وهو المطلوب مباشرة لمن عاقده ولو علم معاقده أن إسمه في العقد عارية أو بصفة كونه وكيلا".

ويتضح من هذا النص ان الوكيل سواءا على وقت إبرام التصرف أنه يتعاقد لحساب موكل أم لم يعلن فإن أثار هذا التصرف تضاف غيه شخصيا دائنا كان أو مدينا فلا يحق للغير الرجوع مباشرة على الموكل كما لا يحق للموكل الرجوع على الغير أن لا توجد علاقة مباشرة بينهما.

وأما في خصوص العلاقة بين الوكيل والموكل فإنها تبقى خاضعة إلى القواعد الخاصة بالصورية كما نظمتها مجلة الإلتزامات والعقود في الفصل 26 بإعتبار أن الوكالة المستترة هي ضرب من ضروب الصورية كما سبق الإشارة اليه ويبقى عبئ إثبات هذه الوكالة محمول على من يتمسك بها وفقا للقواعد العامة لمادة الإثبات وفي كل الأحوال فإن الوكالة المستترة تنظم بمقتضى أحكام عقد الوكالة بما يترتب من حقوق وإلتزامات.

المبحث الثاني : تجاوز الوكيل لحدود السلطة الممنوحة له أو بدون وكالة

إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته المرسومة وسلطاته الممنوحة فإن علاقة الوكيل والموكل بالغير تطرح مسألتين الأولى تكمن في معرفة من يكون ملزما بتنفيذ ما تعاقد عليه الوكيل (فقرة أولى) والثانية تهم المسؤولية عن تعذر تنفيذ ما تعاقد عليه (فقرة ثانية) وهاتان المسألتان تطرحان كذلك إذا تصرف الوكيل بلا وكالة أصلا .

الفقرة الأولى : الطرف الملزم بتنفيذ ما تعاقد عليه الوكيل

بالرجوع إلى أحكام الفصل 1155 م إ ع يتضح أن المشرع وضع مبدأ مفاده أن الوكيل هو الطرف المعني بتنفيذ ما تعاقد عليه إذا تجاوز حدود وكالته أو بدون وكالة (أ) لكنه أورد صورا إستثنائية (ب) يكون فيها الموكل هو الطرف الملزم بتنفيذ ما ذكر .

أ- المبدأ

متى تصرف الوكيل في حدود الوكالة المرسومة له من قبل الموكل انصرفت أثار تصرفه إلى ذمة موكله غير أنه بخروجه عن تلك الحدود لا تنصرف الأثار إلى الموكل ويعد بحكم الفصل 1155 م إ ع ملزما بتنفيذ ما التزم به تجاه الغير الذي تعاقد معه خارج حدود وكالته أو بدون وكالة ولا يمكنه الاحتجاج على موكله أو معارضته بما أبرمه من تصرفات خارج حدود هذه الوكالة بل أن اتجاها في فقه القضاء الفرنسي ذهب إلى اعتبار أن تصرفات الوكيل خارج حدود وكالته باطلة وفي كل الأحوال فإن الغير المتعاقد لا يمكن له القيام إلاّ ضد الوكيل المزعوم .

ب- الإستثنــاءات

يكون الموكل ملزما بتنفيذ ما التزم به الوكيل حتى ولو جاوز هذا الأخير حدود وكالته المرسومة في حالات معينة ومن ذلك إذا صادق الموكل على تصرف الوكيل ولا يشترط في المصادقة أن تكون صريحة كما لا تخضع إلى أية شكلية فيمكن أن تكون بالدلالة كما يفهم من الفصل 1155 م إ ع فالمصادقة في هذه الحالة تعد على رأي بعض الفقهاء بمثابة " إنابة لاحقة للتصرف ذات أثر رجعي "

وأما الحالة الثانية فهي أن يكون تصرف الوكيل نافعا للموكل فضلا عن حالة مشابهة تتمثل في إبرام الوكيل تصرفا بشروط افصل مما تضمنته تعليمات الموكل أن الوكيل هنا تصرف بما فيه مصلحة الموكل كما تنصرف أثار تصرف الوكيل المتجاوز لموكله في صورة مخالفة الوكيل لشروط موكله بالزيادة في التكاليف إذا كان التجاوز يسيرا بحسب العرف التجاري أو عرف المكان.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى حالة وجود ظروف واقعية من شأنها ان تجعل الغير يعتقد اعتقادا مشروعا أن الشخص الذي تعاقد معه هو وكيل في التصرف موضوع التعاقد وهي صورة الوكالة الظاهرة فهنا تعتبر التصرفات المبرمة ضمن حدود تلك الوضعية الظاهرة حاصلة بطريقة الوكالة وتنصرف بالتالي أثار التصرف إلى الموكل .

والملاحظ أن المشرع التونسي كرس نظرية الوكالة الظاهرة ومن أهم تطبيقاتها على الصعيد التشريعي الفصل 1163 م إ ع الذي إقتضى أن " عزل الوكيل عن كل الوكالة أو عن بعضها لا يكون حجة على من عاقد الوكيل جاهلا بالعزل وللموكل حينئذ أن يرجع على الوكيل" .

وبقطع النظر عن الطرف الملزم بتنفيذ ما تعاقد عليه الوكيل في صورة تجاوزه لحدود وكالته أومن غيرها فإنه يتجه التساؤل عن المسؤول في حال تعذر تنفيذ العقد الذي أبرمه الوكيل خارج حدود الوكالة .

الفقرة الثانية : المسؤول عن تعذر التنفيذ

إذا لم يتيسر تنفيذ العقد الذي أبرمه الوكيل خارج حدود سلطته أو بلا وكالة فإن المسؤولية عن ذلك تتحدد بحسب جهل الغير المتعاقد (أ) أو علمه بتجاوز الوكيل لحدود وكالته أو من غيرها(ب) .

أ- جهل الغير المتعاقد

ينص الفصل 1156 م إ ع على ما يأتي " إذا تصرف الوكيل بلا وكالة أو تجاوز حدود وكالته لزم غرم الخسارة لمن عاقده إن لم يتيسر إتمام ما تعاقدا عليه إلاّ إذا أعلمه بحقيقة الحال من أول الأمر أو ثبت أنه كان عالما بها كل ذلك ما لم يتكفل بإتمام العقد " .

ويستخلص من النص السالف الذكر أن شخصا إذا أبرم عقدا بإسم غيره دون توكيل أو كان وكيلا ولكنه جاوز حدود سلطاته الممنوحة له فإنه يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء تعذر التنفيذ إذا ثبت أن الغير المتعاقد غير عالم بأن الوكيل يعمل دون وكالة أو خارج حدودها فلا يجوز للغير الرجوع إلاّ على من اتخذ صفة الوكيل للتعويض عن الضرر الناشئ له من جراء عدم تنفيذ العقد .

ب- علم الغير المتعاقد

وفي المقابل فإن الوكيل لا يتحمل أي مسؤولية تجاه الغير الذي تعاقد معه إذا لم يتيسر تنفيذ ما تعاقد عليه وكان الغير عالما بان الوكالة غير موجودة وأن الوكيل جاوز حدودها إن وجدت .

غير أن هذه الحالة تقتضي ثبوت العلم لدى الغير وعلى الوكيل الذي يريد أن يتفصى من المسؤولية أن يثبت أنه أعلم الغير الذي تعاقد معه بمضمون الوكالة أو أن هذا الأخير كان عالما بذلك .

والجدير بالإشارة إلى أن الفصل 1156 م إ ع إستثنى صورة تعهد الوكيل عن موكله وهو ما يستشف من قوله " كل ذلك ما لم يتكفل الوكيل بإتمام العقد أي ما لم يلتزم الوكيل بأن يجعل الموكل يقوم بتنفيذ العقد .

الجزء الثاني : عقد البيع :

الجزء الأول : شروط عقد البيع :

- شروط أصلية : 4 شروط الفصل 2 م إ ع
  - الأهلية / الرضا / المحل / السبب

  (العودة إلى الأحكام المتعلقة بشروط العقد الواردة في دروس الالتزامات والعقود).
  - فيما يتعلق بالأهلية تطرح مسألة البيع في مرض الموت

لهذا البيع شروط تتمثل في :

- المرض :لا بد أن يكون خطيرا ومؤديا للموت وفي فقه القضاء التونسي هناك قرارات تعتبر أن مدة مرض الموت لا تتعدى 3 أشهر ويقتضي في البائع أن يكون مريضا من إبرام عقد البيع إلى تاريخ الوفاة.
- بالنسبة لشرط المحاباة الفصل 565 من م.إ.ع

الفصل 565

بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحاباة كأن يبيع له بأقل من الثمن المتعارف بكثير أو يشتري منه بأزيد.

وإذا كان البيع لغير وارث يتنزل عليه حكم الفصل 355.

الفصل 354

إذا اسقط الدائن في مرض موته ما له على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو البعض فان الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه.

الفصل 355

الإسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته.

- شروط شكلية :
- الكتب الثابت التاريخ

الفصل 581 – (نقح بموجب القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992).

إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانونا ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجّلة(2).

- الرخص الإدارية والقضائية :

الرخص القضائية تتعلق بالوكيل والمقدم على الذين لهم عوارض في الأهلية والرخص الإدارية تتمثل في رخصة الوالي بالنسبة للبيع للأجانب ورخصة الأراضي الفلاحية الدولية والأراضي الصالحة للزراعة بالمناطق العمومية السقوية.

الجزء الثاني : آثار عقد البيع :

- الأثر الشخصي :
- إلتزامات البائع : 591 التسليم و الضمان

1 – الإلتزام بالتسليم

تعرض المشرع التونسي إلى الإلتزام بالتسليم ضمن أحكام الفصول 592 إلى 629 من م إ ع.وينص الفصل 606 من م إ ع على ضرورة تسليم الشيء موضوع المبيع على الحالة التي هو عليها دون تغيير كما أن على البائع تسليم غلال الشيء وتوابعه أيضا.ويتم التسليم في

العقارات بالتخلي عنها في الأراضي وبإخلائها وتسليم مفاتيحها للمشتري إن كان دارا الفصل 593 م إ ع .
ويتم تسليم المنقولات بالمناولة من يد إلى يد أو تسليم مفتاح المحل أو الصندوق الموضوعة فيه (593 م إع) أو بإحالة وصل المستوده أو بالإتفاق أو بكل وجه جرت به العادة.
2 – الإلتزام بالضمان
ينص الفصل 630 م إ ع أن ضمان البائع للمشتري ينحصر في أمرين ضمان الإستحقاق وضمان العيب.
أما ضمان الإستحقاق فيتمثل في ضمان التعرض الشخصي والتعرض من قبل الغير وبالتالي فإن البائع ملزم بعدم القيام بأي عمل من شأنه أن يعكر الحوز الهادئ للمشتري وانتفاعه بمتشتراه أي أنه يمتنع عن مشاغبة المشتري ماديا.ويشمل هذا الضمان الشخصي جميع أصناف التعرض سواء أن كان ماديا أو قانونيا حسب الفصل 631 من م إ ع.
كما أن البائع ملزم بضمان مشاغبة الغير للمشتري طبقا لمقتضيات الفصل 632 و 633 من م إ ع.ويشترط في التعرض الصادر للغير أن يكون مبني على سبب قانوني ومتسبب فيه البائع ويكون في سبب موجود وقت البيع وحسن نية المبيع.
أما ضمان العيوب الخفية وفوات الفرص فيتمثل في كون البائع لم يلتزم فقط بأن ينقل للمشتري ملكية المبيع بل أيضا حيازة متفق عليها لا يظهر فيها عيب خفي مؤثر على المبيع وقد نظم المشرع ضمان العيوب الخفية في الفصول من 647 إلى 674 من م إ ع.

- إلتزامات المشتري : دفع الثمن و تسلم المبيع .

دفع الثمن : الفصل 676 من م إ ع ينص على أنه : " على المشتري ان يؤدي الثمن في التاريخ وبالصورة المتفق عليه..."
تسلم المبيع : نص الفصل 605 من م إ ع على أنه على المشتري مطالب بدفع مصاريف نقل المبيع من محل تسليمه ومصاريف قبوله وأداء ثمنه...

- <u>الأثر العيني : إنتقال الملكية والتبعات</u>

أقر المشرع التونسي صلب الفصل 583 من م إ ع مبدأ إنتقال الملكية بمجرد التراضي إلا أنه يمكن للأطراف الإتفاق على تأجيل إنتقال الملكية.

- إنتقال الملكية

ينطبق مبدأ الإنتقال الفوري بالنسبة لبيع المنقولات بمجرد التراضي للأشياء المعينة بذاتها أو بالنسبة للأشياء الواقع بيعها جزافا (الفصل 582 م إ ع) أما الأشياء المستقبلية فلا تنتقل إلا عند إنجازها.
أما بالنسبة لبيع العقارات غير المسجلة فيكون إنتقال ملكية العقار أو الحق العيني غير المسجل بمجرد الإتفاق على الثمن وتحرير عقد البيع بحجة ثابتة التاريخ طبقا لأحكام الفصل 583 م إ ع دون الحاجة لتسجيل العقد بالقباضة المالية لإنتقال الملكية لأن التسجيل يتعلق بالإحتجاج بالبيع على الغير.
أما بالنسبة للعقارات المسجلة :فإن التي منها غير خاضعة للمفعول المنشئ للترسيم فتنتقل بمجرد إبرام العقد بحجة ثابتة التاريخ قانونا أما بالنسبة للعقارات الخاضعة للمفعول المنشئ

للترسيم فإن إنتقال الملكية لا يحصل أصلا إلا بترسيم البيع بإدارة الملكية العقارية حسب الفصل 305 جديد من م ح ع.
ويمكن تأجيل إنتقال الملكية بالإحتفاظ بها وذلك بأن يحتفظ البائع بملكية الشي إلى حين خلاص كامل ثمنه وإلا فإنه يسترد المبيع .

- إنتقال التبعات

التبعات هي المخاطر التي يمكن أن تلحق بالشيء المبيع وهذه التبعات محمولة على المالك ما لم يكن هناك إتفاق على تأجيل انتقالها إلى المشاري.

ويرتبط إنتقال التبعات بإنتقال الملكية ولو أن المبيع لا يزال تحت حراسة البائع الذي يبقى متحملا للإلتزام بالتسليم وإن تعذر لهلاك الشيء فعليه عبء إثبات القوة القاهرة والأمر الطارئ وإلا فإنه يتحمل الخسارة لعدم تنفيذ إلتزامه.

ولكن يمكن الإتفاق على تأجيل إنتقال التبعات إما شرط التجربة و التذوق في بيع المثليات أو بالإتفاق إلى غاية دفع الثمن

الجزء الثالث : عقد الكراء

عناصر عقد الكراء

- الرضا و الأهلية و المحل والسبب
- المدة تخضع للحرية التعاقدية 793 م إ ع و أدناها 3 سنوات في عقد الكراء الفلاحي
- معين الكراء : التعيين أو القابلية للتعيين

الشكليات الواجبة

- شكليات صحة العقد
- الكتب ليس شرط صحة و إنما يستعمل للترسيم 728 ويعتبر شرط صحة إذا ما تعلق الأمر بالأصل التجاري مثلا.

الفصل 728

يتم الكراء بتراضي المتعاقدين على المكرى وقيمة الكراء وغير ذلك مما عسى أن يشترط في العقد.

- الرخص الإدارية و القضائية .
- شكليات المعارضة بالعقد :
- في المنقول اللجوء إلى ثبوت التاريخ
- في العقار بترسيم العقد بالسجل العقاري في العقار المسجل لمدة كراء تفوق 3 سنوات
- ترسيم العقد بالقباضة المالية في العقار المسجل لمدة كراء لا تفوق 3 سنوات
- بثبوت التاريخ في العقار غير المسجل لكراء لا يفوق السنة
- بترسيم العقد في في القباضة المالية للعقار غير المسجل لمدة كراء تفوق السنة .

الوضعية القانونية للمتعاقدين :

- المكري :
  - التسليم
  - الضمان
- المكتري :
  - الإستقرار
  - الأولوية في الشراء
  - حفظ الكراء
  - أداء ثمن الإيجار

❖ عموما كل عقد يحمل دائما شروط قد يشترك فيها مع الشروط العامة للعقد وهي الأهلية والرضا والمحل والسبب وقد يحمل في داخلها مميزات تتعلق به كاشتراط الكتب أو الرخص الإدارية والقضائية المختلفة أو اشتراط الصفة في إتمام العقد (تاجر أو غيره) .

- **الجزء الرابع : عقد الوديعة :**

الفصول 995 وما بعد من مجلة الالتزامات والعقود.

- **الجزء الخامس : عقد القرض :**

الفصول 1081 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود

- **الجزء السادس : الإيجار على الصنع :**

الجزء الأول : شروط عقد الإجارة على الصنع :

الفقرة الأولى : شروط عامة الفصل 2 م إ ع :

الفقرة الثانية : الشروط الخاصة الواردة بالفصل 882 وما بعد من م إ ع :

الجزء الثاني : آثار عقد الإجارة على الصنع :

الفقرة الأولى : إلتزامات الأجير :

الفقرة الثانية : إلتزامات المؤجر :

الجزء الثالث : إنقضاء عقد الإجارة على الصنع :

الفقرة الأولى : الأسباب العامة :

الأمر الطارئ والقوة القاهرة / فسخ العقد

الفقرة الثانية : إنتهاء المدة أو تمام الصنع

- **الجزء السابع : العربون**

هو تقدمة يقدمها احد المتعاقدين (المشتري) وقت البيع دلالة على تمام العقد أو ثمنا لخيار العدول ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول مقدار هذا العربون للطرف الاخر وإما تأكيد العقد . والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون ويعتبر كدفعة على حساب الثمن في حالة التنفيذ.

في حالة إذا كان فسخ العقد ناتج عن تقصير المعاقد الذي دفع العربون فلمعاقده أن يحتفظ به الى حين دفع الغرامة التي تعينها له المحكمة اذا اقتضى الحال ذلك حسب الفصول المتعلقة بالعربون 303=305 م اع.

الطبيعة القانونية للعربون :

غايات العربون :

مآل العربون في حالة فسخ العقد:

الغرامة الناتجة عن العربون:

الفرع الخامس :

القانون العقاري - قانون التأمينات العينية – قانون الأموال

العقارات (الطبيعية والحكمية) - الملكية الشائعة - أسباب كسب الملكية – حقوق الارتفاق – الشفعة التأمينات العينية (الرهن - رهن المنقول- رهن العقار- الامتياز).

الجزء الأول : القانون العقاري

الأصل في الأشياء أنها تدخل في دائرة التعامل ولا يكون الشيء خارجا عن التعامل إلا إذا كان بحكم طبيعته أو بحكم القانون.

يسمى الحق عينيا لأنه يتعلق بالعين والمعلوم أن الحقوق الذاتية المكونة للذمة المالية تتكون من حقوق شخصية وحقوق عينية وهذه التفرقة في القانون التونسي ترتقي لمستوى التدوين إذ هناك مجلة تعنى بالحقوق العينية وهي مجلة الحقوق العينية ومجلة تعنى بالحقوق الشخصية وهي مجلة الالتزامات والعقود.

أسس التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي أن الحق العيني هو السلطة القانونية التي يمارسها الشخص بصفة مستقلة مباشرة على العين أما الحق الشخصي فهو يمثل رابطة قانونية محلها التزام مالي مستفيد منها دائن قبل مدينه.

وهذا الاختلاف في المضمون يفسر التباين الذي يمتد إلى الآثار القانونية عنهما.إذ يمتاز الحق العيني بصفة الإطلاق واستئثار صاحبه بحق التتبع وانفراده بحق الأفضلية.

تنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية .

يقسم القانون التونسي الأموال إلى عقار ومنقول وإلى أموال مسجلة وأموال غير مسجلة.

- العقارات :

العقارات إما أن تكون طبيعية أو تبعية أو حكمية حسب الفصل 4 من مجلة الحقوق العينية.

- العقارات الحكمية :

الفصل 9

يعد عقارات حكمية ما يضعه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الاش ياء رصد دا على خدمتها واستغلالها.

الفصل 10

يعد عقارات حكمية ما يضعه المالك بعقاره من الاشياء المنقولة الملتحمة بشكل يتعذر معه فصلها عنه دون إفسادها وإفساد ما هي متصلة به.

- العقارات الطبيعية :

الفصل 5

الاراضي والمباني والنباتات ما دامت متصلة بالأرض عقارات طبيعية.

الفصل 6

الاجهزة والأنابيب اللاصقة بالاراضي والمباني والمتممة لها عقارات طبيعية.

الفصل 7

الصابة على سوقها والثمار في أصولها هي أيضا من العقارات، فإذا جذت صارت من المنقولات ولـ و لم تنقل.

- العقارات التبعية :

الفصل 11

تعد عقارات تبعية الحقوق العينية العقارية والدعاوى المتعلقة بها.

الفصل 12

الحقوق العينية العقارية هي:

-الملكية،

-الانزال والكردار ودخلهما،

-حق الانتفاع،

-حق الاستعمال،

-حق السكنى،

-حق الهواء،

-الإجارة الطويلة (الامفيتيوز)،

-حق الارتفاق،

-الامتياز،

-الرهن العقاري،

العقارات الحكمية :

الصورة الأولى : صورة الترابط الاقتصادي :

الفصل 9 : شروطها : اتحاد المالك / المنقولات التي ستصبح عقارات تكون من الأدوات والحيوانات والأشياء المرصودة لخدمة الأرض./ التخصيص : خدمة الأرض.

الصورة الثانية : صورة الترابط المادي :

الفصل 10 من م.ح.ع : العقارات الحكمية الملتحمة بالعقار الطبيعي : شرط اتحاد المالك / الالتحام .

تخضع العقارات الحكمية لنفس النظام الذي يسلط على العقار بطبيعته فيندمج معه ليكون كلا متكاملا.

لكن هذا المبدأ يحمل استثناء كرسه الفصل 305 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية:

الفصل 305

ما يعتبره القانون عقارات حكمية لا يمكن أن يعقل إلا مع الأصل الذي هو جزء منه لكن يجوز إجراء عقلة عليه وبيعه مثل المنقولات في ديون لصناعه أو باعته أو لمن أق رض م الا لاش ترائه أو صد نعه أو إصلاحه.

- المنقولات :

المنقول إما أن يكون منقولا بطبيعته أو بحكم القانون حسب الفصل 13 من مجلة الحقوق العينية.

الفصل 14

تعد منقولات بطبيعتها الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها او بمفعول ق وة أجنبية عنها.

الفصل 15

تعد منقولات بحكم القانون الالتزامات والحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بالمنقول والحصص والأسهم والرقاع في مختلف الشركات وإن كانت هذه الشركات مالكة لعقارات.

- حق الملكية :

- خصائص حق الملكية : حق الملكية حق دائم يخول لصاحبه الإستئثار بالمال.

الدوام :ملكية الشيء دائمة بدوام الشيء / حق الملكية دائم رغم عدم استعماله (لا يسقط حق ملكية المال المسجل – لا يسقط حق ملكية المال العام).

الإستئثار : يتمتع به المالك لوحده.

- أسباب اكتساب الملكية :

الفصل 22

تكتسب الملكية بالعقد والميراث والتقادم والالتصاق ومفعول القانون وفي المنقول بالاستيلاء أيضا.

** الأسباب العامة :

+ أسباب الاكتساب ما ينقل الملكية من شخص إلى شخص آخر أي من مالك إلى مالك جديد : كالعقد والميراث.

+ أسباب اكتساب الملكية التي تنشأ ملكية جديدة الالتصاق والتقادم.

الفصل 27

ما أضيف إلى عقار أو منقول واتصل به كان ملكا لصاحب الأصل بطريق الالتصاق.

والالتصاق يكون طبيعيا أو بفعل الانسان.

الفصل 45

من حاز عقارا أو حقا عينيا على عقار مدة خمسة عشر عاما بصفة مالك حوزا بدون شـ غب مـ شاهدا مستمرا وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني بوجه التقادم.

والحوز المعيب لا تأثير له إلا من وقت زوال العيب.

+ سبب مستقل لاكتساب الملكية : مفعول القانون : الصورة العامة هيالانتزاع من أجل المصلحة العامة.

وصور خاصة مثل التجاوز إلى أرض الغير وصور التملك بممارسة الشفعة وصور التمليك المترتب عن حل الأحباس وصورة طلب التمليك الواردة بالفصل 51 من مجلة المياه.

** الأسباب الخاصة بالمنقول :

+ الاستيلاء :

الاستيلاء

الفصل 23

العقارات التي لا مالك لها ملك الدولة.

الفصل 24

من وضع يده بنية التملك على منقول لا مالك له صار مالكا له.

6

ويصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد التنازل عن ملكيته.

الفصل 25

الكنز أو الشيء المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون ثلاثة أخماسه لمالك ما وجد فيه لك الكنز أو ذلك الشيء وخمسه لمكتشفه والخمس الاخير للدولة.

الفصل 26

الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه قوانين خاصة.

+ الحوز :

الفصل 53

من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات شبهة حمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى مـ ن يدعي خلاف ذلك أن يثبته.

ولا يحمل على الشبهة من علم أو كان من حقه أن يعلم عند توصله بالشيء المنقول أن المتوصل منـ ه ليس له التصرف في ذلك.

الفصل 54

يجوز لمالك المنقول أو السند للحامل إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له.

واذا كان الحائز حسن النية وقت حوزه فدعوى الإسترداد تسقط بمرور ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة.

وإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حوزه قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني او اشتراه ممن يتجر في مثله فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يؤدي له الثمن الذي دفعه.

الملكية المشتركة :

عرف الفصل 56 من مجلة الحقوق العينية بأنه اشتراك شخصين بأكثر من ملكية عين أو حق عيني غير مفرزة حصة كل منهم.

الجزء الأول : الأحكام العامة للشيوع :

الفقرة الأولى : حقوق الشركاء :

- الحق في إدارة المشترك : في استعماله والانتفاع به.
- الحق في التفويت والتصرف في منابه.

الفقرة الثانية : واجبات الشركاء :

- تحديد نظام المصاريف وكيفية المساهمة فيها :

+ المصاريف الناتجة عن التقصير في حفظ المشترك

+ المصاريف الضرورية لحفظ المشترك وصيانته

+ المصاريف المحملة على المشترك

+ المصاريف النافعة التحسينية

- تحديد نظام الإحداثات المقامة من طرف شريك واحد في المشترك

+ المبدأ : على الشريك أن يمتنع عن إقامة أية إحداثات بالمشترك :

+ في صورة المخالفة :

الفصل 62

ليس لأحد الشركاء أن يحدث شيئا في المشترك إلا برضى الباقين صراحة أو دلالة فإن خالف تنطبق القواعد التالية:

1) إذا كان المشترك قابلا للقسمة يقسم فإن لم يقع المحدث في مناب من أحدثه خير الشريك بين إلزام شريكه بإزالة ما أحدثه على نفقة هذا الأخير مع غرم الضرر إن اقتضى الحال وبين أداء ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون التفات لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقبة بسبب المحادثات.

2) وإذا كان المشترك غير قابل للقسمة فلبقية الشركاء نفس الخيار فإذا اختاروا أداء ثمن المواد وأجرة اليد العاملة فإن كلا منهم يدفع قدر نصيبه في المشترك وإذا اختلف بقية الشركاء فالقول لأغلبية الجميع على أساس قيمة الأنصباء.

الفقرة الثالثة : انقضاء الشيوع :

ينقضي الشيوع بهلاك المشترك أو بخروج الملكية من أيدي كامل الشركاء أو بانحصار جميع الأنصبة بيد أحد الشركاء أو بالقسمة أو بالمزاد فيما لا ينقسم ويضيف الفصل 71 أنه " لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع. "

- القسمة :

طبيعتها قد تكون رضائية أو قضائية

أحكام دعوى القسمة : دعوى القسمة لا تسقط بمرور الزمن ووضعت مجلة الحقوق العينية صنفين من الأحكام لدعوى القسمة يتمثل الصنف الأول في الأحكام المشتركة أي في الأحكام التي تسري على كل دعاوي القسمة مهما كان مصدر الشيوع (الفصول 116 إلى 130) والصنف الثاني الأحكام الخاصة بقسمة التركات (الفصول من 131 إلى 141).

الشفعة :

الباب الرابع : الفصول 103 وما بعده من مجلة الحقوق العينية .

I / الجزء الأوّل : شروط ممارسة حق الشفعة

* الفرع الأوّل : الشروط الأساسية

(أ) - الشروط المرتبطة بعقد البيع

الفقرة الأولى : وجود عقد بيع صحيح

1- البيع الصحيح

2- البيع الباطل

3- البيع المعلق على شرط

الفقرة الثانية : بيع عقار

الفقرة الثالثة : البيوعات العقارية التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة

(ب) - الشروط المرتبطة بالشفيع

* الفرع الثاني : الشروط الإجرائية

(أ) - إعلام الشفيع

(ب) - صورة تعذر إعلام الشفيع

الفقرة الأولى : العرض

الفقرة الثانية : التأمين

II / الجزء الثاني : آثار ممارسة حق الشفعة

* الفرع الأوّل : دعوى الحلول

(أ) - مفهوم الحلول

(ب) - آثار الحلول

* الفرع الثاني : سقوط دعوى الشفعة

(أ) - عدم احترام الأجال

الفقرة الأولى : آجال سقوط الدعوى

الفقرة الثانية : سلبيات أحكام الأجال

(ب) - تنازل المنتفع بالشفعة :

حقوق الارتفاق :

حق الارتفاق هو حق مرتب على عقار لمنفعة عقار آخر يملكه شخص غير مالك العقار فحق الارتفاق يهم عقارين على ملك شخصين مختلفين عقار مستفيد وعقار متحمل.

يشهد قانون الأموال صنفين من حقوق الارتفاق :

الأول مقرر للمصلحة العامة وضبطته أحكام خاصة خارج مجلة الحقوق العينية (حول حقوق الارتفاق بالمصلحة العامة يراجع أعمال الملتقى الذي نظمه المعهد الأعلى للقضاء يومي 1 و 2 سبتمبر 1989 – مقال السيد رضا خماخم : مدخل لدراسة حقوق الارتفاق في القانون التونسي) .

الثاني مقرر للمصلحة الخاصة ووردت أحكامه بالفصول 165 إلى 190 من مجلة الحقوق العينية.

- الجزء الأول : مصادر حقوق الارتفاق :
- حق الارتفاق الطبيعي :

تتحمل الأراضي المنخفضة إزاء الأراضي المرتفعة عنها سيلان مياهها إذا كانت المياه جارية بنفسها بدون فعل فاعل : القرار التعقيبي المدني عدد 5705 الصادر في 15 مارس 1982 .

ينص على هذه الصورة الفصل 167 من مجلة الحقوق العينية ويقابله في القانون الفرنسي الفصل 640 من المجلة المدنية الفرنسية .

- حق الإرتفاق الناشئ عن القانون :

نظم المشرع 4 أنواع من هذه الحقوق :

- حق الارتفاق الناشئ عن غرس الأشجار أو إحداث نوع من المباني : الفصول 168 و 169 و 170 من مجلة الحقوق العينية .
- الكشف على ملك الجار : الفصول من 172 إلى 175 من مجلة الحقوق العينية. : حق الكشف يتمثل في فتح مطلات من نوافذ وغيرها وفتحات.
- ميازيب السطوح : الفصل 176 من المجلة
- حق المرور : الفصل 178 من المجلة.

- حق الارتفاق الاتفاقي : حق الارتفاق الذي يحدثه الإنسان :حسب ما ينص عليه الفصل 180 من مجلة الحقوق العينية :

الفصل 180

يجوز لمالكي العقارات أن يحدثوا لها أو عليها ما شاءوا من حقوق الارتفاق.

ولا تكتسب هذه الحقوق بالتقادم ولا تثبت إلا بكتب.

وإذا رتب مالك عقارين منفعة لأحدهما على الآخر تقوم هذه الحالة الواقعية مقام الكتب ويتكون من ذلك حق ارتفاق.

ويجرى حكم الفقرة السابقة ولو كان الملك مسجلا.

الجزء الثاني : انقضاء حق الارتفاق :

ينقضي حق الارتفاق : أولا بزوال الموجب وثانيا باجتماع العقار المستفيد والعقار المحمل في يد مالك واحد ويسقط بعدم استعماله لمدة خمس عشر عاما حسب الفصل 189 من مجلة الحقوق العينية.

الجزء الثاني : التأمينات العينية : الرهن والامتياز

التأمينات العينية

التأمينات هي وسائل يتمتع بها الدائن بموجب العقد أو القانون أو حكم قضائي لحمايته من خطر إعسار المدين.

- التأمينات الشخصية : تنشأ إلتزاما شخصيا وتعتبر الكفالة الأكثر إعتمادا وتقوم على فكرة أساسية تتمثل في إضافة ذمة مالية للذمة المالية للمدين كضمان للدين ويمنح ذلك ضمانا كميا.ولا يقدم التأمين العيني بالضرورة حق أفضلية لأن الدائن العادي يزاحمه بقية الدائنين العاديين ودائني الضامن الكفيل عند التنفيذ على مكاسبه.
- التأمينات العينية : تنشأ التأمينات العينية حقا عينيا تبعيا وأحيانا تنشأ حقا مع إلتزام عيني في نفس الوقت في صورة الكفيل العيني .وتقوم التأمينات العينية على تخصيص بعض أو كل مكاسب المدين او الغير لضمان الوفاء بالدين ويسمح بإستخلاص الدين من قيمة ما تم تخصيصه قبل بقية الدائنين.

  وتمنح هذه النوعية من التأمينات بالضرورة الأولوية لصاحبها كحق أفضلية وهي ضمان نوعي وقد تعرض لها المشرع على سبيل الحصر في الفصل 193 من م ح ع وهي الإمتياز والرهن والحبس.

أولا : الوضعية القانونية للدائن العادي : ضمانات الدائن العادي للإستخلاص

1 – حق الضمان العام :

يتمتع الدائن بهذا الحق الذي يعني إمكانية التنفيذ على مكاسب المدين في صورة عدم وفائه . 192 م ح ع .

مبدأ المساواة في بين الدائنين : يمكن لكل دائن التنفيذ على مكاسب المدين وفي صورة عدم كفايتها يتم تحاصص ثمنها وتوزيعها كل حسب نوعية دينه.

يبقى هذا الحق مرتبطا بوجود إعسار المدين.

2 – الوسائل التحفظية : تحفظ حق الإستخلاص

- القيد الإحتياطي : من آليات القانون العقاري نظمه المشرع بالفصل 365 وما بعده : يجمد العقار لفائدى الموعود له بالبيع وفي صورة تفويت البائع في المبيع للغير فإن القيد الإحتياي الذي قام به الموعود له إثر الوعد يرفع عن الغير قرينة حسن النية ويمنح حق الأولوية في الترسيم لصاحب الحق. لا يحول دون التفويت والترسيم لكنه يحفظ الحق للموعود له.
- العقلة التحفظية : يمكن للدائن إجراؤها إذا كان الإستخلاص مهدد الخر . يترتب عنها رفع يد المدين عن التصرف في ملكه إلى غاية تحول العقلة التحفظية إلى تنفيذية.
- العقلة التنفيذية والتوقيفية : طرق تنفيذية

3– الآليات ذات الطبيعة المختلطة

الآلية الأولى : الدعوى البليانية

الجزء الأول : الشروط

الفقرة الأولى : الشروط التي تهم الأطراف

- الدائن : الفصل 306 من م إ ع : يمكن لأي دائن القيام بهذه الدعوى سواء دائن عادي أو دائن متمتع بـتأمين شخصي أو عيني .ويجب أن يكون دينه غير متنازع فيه لا من حيث الوجود ولا المقدار فإذا وجد نزاع لا يمكن ممارسة الدعوى لأنها تحمي الدين ولحمايته يجب أن لا يكون متنازعا فيه وأن يكون معلوم المقدار وحال الآجال.
- الخلف الخاص : هو الشخص الذي إنجر له حق المدين كالمشتري أو الموهوب له ..

ولم يتعرض المشرع إلى شروط خاصة للخلف الخاص.أما الفقه وفقه القضاء فيقر وضعيتين ففي صورة التصرف بمقابل فإنه يجب إثبات التواطئ أي علم المشتري بأن التصرف يهدف للإضرار بحقوق الدائن.وفي صورة التصرف بدون مقابل فيمكن للطعن في التصرف دون أن يكون دون أن يكون المدعي ملزما بإثبات سوء نية الخلف الخاص.

- المدين : يجب أن يكون معسرا والإعسار هو عدم كفاية المدين بديونه وهو واقعة تثبت بجميع الوسائل من ذلك إقرار المدين بعدم قدرته على الوفاء وإثبات سوء نية المدين أي أن تصرفه تم لغاية حرمان الدائن من إستخلاص الدين.
  أما بالنسبة لفقه القضاء فقد إعتبر إتجاه أول أنه يجب إثبات نية المدين في الإضرار بالدائن أما الإتجاه الثاني الحديث والمهيمن فيعتبر أن المقصود من سوء النية هو مجرد العلم بأن التصرف القانوني موضوع الطعن سوء يضر بمصالح الدائن.

الفقرة الثانية : الشروط التي تهم التصرف

يتعرض المشرع إلى العقود بمعنى نقص الأعمال المادية (ناتجة عن جنحة أو شبه جنحة) كما يتعرض للعقود ولا يتعرض للتصرف من جانب واحد.ويشترط في التصرف أن يكون لاحق لنشاط دين الدائن.

الجزء الثاني : جزاء الدعوى :

الفقرة الأولى : غياب الجزاء التشريعي

لم يبين الفصل 306 من م إ ع جزاء واضحا ينتج عن القيام بالدعوى البليانية مما أدى إلى إختلاف المواقف القضائية والفقهية.

الفقرة الثانية : الإختلاف الفقهي والفقه القضائي على جزاء الدعوى البليانية :

تبنى فقه القضاء في أغلب قراراته جزاء البطلان لكن هذا الجزاء لا يحقق النجاعة الكافية نظرا لأثره الرجعي ونظرا لأنه سيعيد الدائن إلى وضعية يتزاحم فيها مع بقية الدائنين عوضا عن حماية حقه.

الآلية الثانية : دعوى الحلول

نظمها المشرع بالفصل 306 فقرة ثانية إلى الفصل 308 م إ ع.

دعوى الحلول يقوم بها الدائن في حق المدين تجاه مدينه لإعسار الذمة المالية لإعادة تأمين الذمة المالية حتى يمكن الدائن من التنفيذ.

الفصل 306 فقرة ثانية : يطرح فكرتين أولهما أن للدائن إجراء عقلة على مكاسب المدين بعد الحصول على الحكم وثانيهما تمكن الدائن من القيام بدعوى الحلول محل المدين تجاه الغير.

الجزء الأول : الشروط

الفقرة الأولى : الشروط المتعلقة بالأشخاص

الدائن : يجب أن يكون دينه حال وثابت ومقدر.

المدين : يجب أن يكون معسرا وتقاعس في القيام بالدعوى

الفقرة الثانية : الشروط : الشروط المتعلقة بالحق موضوع الدعوى

مبدئيا يمكن المطالبة بكل الحقوق.ويمكن إقصاء دعوى الحلول من نطاق بعض الدعاوي.

الجزء الثاني : آثار دعوى الحلول

تختلف حسب الاشخاص

الفقرة الأولى : بالنسبة للدائن القائم بالدعوى :

تكون نتائج الدعوى مستحقة لفائدة المدين وبالتالي ضمان عام لكل دائنيه 192 م ح ع والدائن يجد نفسه مزاحما من قبل بقية الدائنين.

تكون نتائج الدعوى مستحقة لفائدة المدين وبالتالي ضمان عام لكل دائنيه 192 م ح ع والدائن يجد نفسه مزاحما من قبل بقية الدائنين.

وقد تدخل المشرع بالفصل 308 لتفادي النقيصة بأن أقر بأن " الدائن القائم مقام مدينه ينتفع وحده بالمال الذي يقبضه ..."

الفقرة الثانية : بالنسبة للمدين الذي تم الحلول محله :

تختلف وضعية المدين بإختلاف الحالة : فقد يتم إدخال المدين أو يتداخل المدين في الدعوى وينتج الحكم آثاره عملا بمبدأ الأثر الملزم للعقد وقاعدة إتصال القضاء 481 م إ ع وبالتالي لا يمكنه القيام تجاه مدينه.

أما إذا لم يقع غدخاله في الدعوى فلا يمكن إعتباره طرفا في الحكم وبالتالي يمكنه القيام على مدينه لإلزامه بالتنفيذ مثلا.

الآلية الثالثة : الدعوى المباشرة

أهمية الدعوى المباشرة يظهر من حيث مصدرها ومن حيث الضمان التي تقدمها كما أن نطاقها يخضع لضوابط ويتميز بتنوع صور هذه الدعوى.

الجزء الأول : أهمية الدعوى المباشرة

الفقرة الاولى : المصدر القانوني للدعوى المباشرة

هذه الدعوى مصدرها القانون فقط ، الفصل 240 م إ ع.بمعنى إذا لم ينص القانون عليها فلا مجال لها وهو ما يصطلح عليه بالركن القانوني.

الفقرة الثانية : ضمانات الدعوى المباشرة

هي دعوى شخصية يمنحها المشرع مباشرة لفائدة الدائن ويمارسها بإسمه الخاص وتشكل ضمانة هامة في الإستخلاص لأن نتائج الدعوى تمكن الدائن من إستخلاص دينه من مدين مدينه مباشرة فهي تمنح الدائن ذمتين مختلفتين.

كما أنها إستثناء لمبدأ الأثر النسبي للعقد فبإمكان الدائن مطالبة المدين في العقد الذي ليس طرفا فيه بتنفيذ إلتزامه مباشرة لفائدته .

وهي خرق لمبدأ المساواة بين الدائنين لأنها تفتح إمكانية إستخلاص إضافية للدائن.

الجزء الثاني : نطاق الدعوى المباشرة

الفقرة الأولى : حدود الدعوى المباشرة

هي دعوى ذات طبيعة تعاقدية تخضع من حيث نطاقها ومقدارها إلى حدين : الحد الأول : يهم مقدار إلتزام الدائن القائم بالدعوى الذي لا يطالب إلا في حدود دينه والحد الثاني يتمثل في أن مقدار إلتزام المدين المطلوب في حدود إلتزامه.

الفقرة الثانية : صور الدعوى المباشرة

تعرض المشرع لصور الدعوى المباشرة في عديد الصور في الكراء وفي الوكالة وفي المقاولة مثال حالة الفصل 776 : " للمكرى أن يطالب مباشرة المكتري الثاني ما جاز له مطالبة الاول وله الرجوع على المكتري الأول أي له الحق في التداخل في النزاع.

الآلية الرابعة : دعوى التصريح بالصورية

الجزء الأول : مفهوم الصورية

الفقرة الأولى : التعريف

هي إظهار المتعاقدان الأمر على خلاف حقيقته وهي تفترض عقدا صوريا ظاهرا وآخر باطني والتزامن بين العقدين.

وتؤثر الصورية مباشرة على الضمان العام بالإضرار بالدائن عند خروج بعض المكاسب من ذمن المدين وتؤثر بطريقة غير مباشرة عند التحيل على أحكام الشفعة أو غدارة الجباية.

الفقرة الثانية : أنواع الصورية :

تكون الصورية مطلقة ترد على التصرف القانوني فيتفقان على عدم وجود عقد لكن يبرمان عقد ناقل للملكية أو تكون الصورية نسبية يكون فيها التصرف الظاهر ساترا للخفي وذلك بأن يرد على طبيعة العقد أو على الأشخاص أو على محل العقد.

الجزء الثاني : آثار دعوى الصورية ف 26

الفقرة الأولى : الآثار بين المتعاقدين وورثتهم : يسري بينهم التصرف الخفي

الفقرة الثانية : تجاه الغير : الدائنين : العقد الصوري لا يعتد به تجاه الغير بل يعتد بالعقد الظاهرولم يتعرض الفصل 26 لصورة ما إذا كان من مصلحة الدائن أن يعتد بالعقد الخفي ولكن اتفق الفقهاء وفقه القضاء على أن الغير إذا إقتضت مصلحته يمكنه القيام بدعوى إعلان الصورية للإحتجاج بالعقد السري وبنتائجه القانونية وبشرط ان يثبت هذا التصرف السري بجيمع الوسائل بإعتباره غيرا.

حق الإمتياز

تعريف : هو حق عيني يعطيه القانون في تفضيل بعض الدائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظرا لصفة ديونهم وهو حق تبعي يمكن من حق الأفضلية ويثير نقاشا قانونيا فيما يتعلق بحق التتبع.

الإمتياز مصدره القانون فهو الذي يحدده ويخصص مجاله وهم يسند صفة الإمتياز للدين لا للدائن على عكس بقية التأمينات.

الإمتياز نوعان إما عام يرد على جميع المنقولات والعقارات أو خاص يرد على مكاسب معينة.

نظم المشرع الإمتياز بالفصول 194 إلى 200 من م ح ع كما نجد إمتيازات مذكورة في نصوص أخرى كمجلة الشغل ومجلة المحاسبة العمومية.

الجزء الأول : نطاق الإمتياز

الفقرة الأولى : الإمتياز العام

أولا : مبررات الترتيب التفاضلي للإمتيازات العامة :

رتب المشرع في الفصل 199 الإمتيازات العام ترتيبا تفاضليا بداية من مصاريف الدين فمصاريف الأطباء والصيادلة والممرضين فالمصاريف القضائية فديون الخزينة العامة فأجور الخدمة والعملة وما يميز هذه الإمتيازات أنها عامة وتأتي على جميع المكاسب منقولات أو عقارات.

إن هذا الترتيب التفاضلي يرتبط بمبررات معينة تفرض الأولوية كالإعتبار الديني في مصاريف الدفن والإرتباط بالحق في التقاضي والصحة أو بالمصلحة العامة.

<u>ثانيا : محتوى الإمتيازات العامة :</u> هي 5 إمتيازات حددها الفصل 199 من م ح ع

1 – مصاريف تجهيز الميت : منحت الأفضلية والترتيب الأول لطابعها الديني وهذا ما ينسجم مع مقتضيا الفصل 87 من م أ ش.

2 – ديون الأطباء والصيادلة والممرضين المتعلقة بأجر العلاج والأدوية عن 6 أشهر الأخيرة :

تم إقرار هذا الصنف لأسباب صحية ويثير بعض الإشكاليات التي تتمثل أهمها :

- النقاش حول كيفية ضبط تسعيرة هل يكون بالإستناد لتعريفة الصندوق الإجتماعي أم للجدول المرجعي لعمادة الأطباء.
- النقاش حول كيفية ضبط أجرة الأدوية التي لم يتم التنصيص عليها ضمن الوصفة الطبية الأصلية
- أجور الممرضين تحدد حسب الإرادة.
- ديون المصحات الخاصة فتثير إشكالا في ضبطها خاصة وأن العقد المبرم بين الطبيب والمصحة هو عقد مركب يتداخل فيه الطبيب مع المصحة مع الممرض مع المريض.

- أثير إختلاف آخر حول تفسير عبارة " 6 أشهر الأخيرة " وعند أي تاريخ يعتمد لبداية إحتساب : هل من تاريخ آخر عمل علاجي أم من تاريخ وفاة المريض أم من تاريخ آخر تنفيذ.

4 – إمتياز المصاريف القضائية : تسند إمتيازها من صرفها في مصلحة جميع الدائنين أو من إعتمادها لحفظ الأشياء التي في ضمان جميع الدائنين مثل أجرة المؤتمن العدلي ومصاريف الحفظ ولهذا الإمتياز جذور في المجلة العقارية القديمة في الفصل 229 و الفصل 1630 من م إ ع.

يجدر الملاحظة أن مصاريف التقاضي بالدعوى البليانية وبدعوى الحلو وبدعوى إبطال الرهن ليست بديون ممتازة وذلك لأن الدعوى البليانية جعلت لعدم المعارضة في التصرف ولإرتباط دعوى إبطال الرهن بالرهن العقاري الذي يتقدم عليه الإمتياز كحق عيني.

5 – إمتياز الخزينة : تتمتع به الدولة ويتمثل في الضرائب والأداءات وهو يهم المصلحة العامة.

6 – أجور الخدمة والعملة وكل أجر آخر وثمن لوازم معاش العامل عائلته والنفقة عن 6 أشهر الأخيرة:

كان إمتياز الأجراء مقدما على إمتياز الخزينة عند صدور مجلة الشغل وتراجعت رتبته بصدور م ح ع ثم عاد لرتبته بتنقيح مجلة الشغل سنة 1995 وإضافة الفصل 151 فقرة 2 من مجلة الشغل.

إن إمتياز الأجراء لا يشمل الدين فقط بل يشمل كذلك مستحقات العالم في حدود 6 أشهر الأخيرة.

أما دين النفقة فهو إمتياز عام مهما كانت مصادره.

<u>الفقرة الثانية : الإمتيازات الخاصة</u>

<u>أولا : الإمتيازات على المنقول :</u>

هي عديدة مثل إمتياز بائع الأصل التجاري المتعلق بالثمن وإمتياز أجرة الناقل البحري في الدين الذي يرد على السفينة وإمتياز مصاريف العميل في عقد الوساطة .

<u>ثانيا : الإمتيازات على العقارات :</u>

هي عديدة لعل أهمها

1 – الفصل 200 فقرة أخيرة من م ح ع : دين المعدل : عند تعديل أنصبة الورثة بتمتع أحد الورثة بمال مقابل التخلي عن جزء من التركة عند تخصيص العقار لأحد الشركاء الورثة.ويكون المعدل جراية أو راتب سنوي على أن لا يتجاوز 10 سنوات.

2- دين التسبقة المتعلق : الفصل 21 من قانون 2001 والمتعلق بقيام إدارة الملكية العقارية بإجراء تسبقات عند تحيين الرسوم المجمدة.

3 – الفصل 24 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير

4 – الفصل 31 من مجلة المحاسبة العمومية.

الجزء الثاني : النظام القاوني للإمتياز

الفقرة الأولى : الجدل القانوني حول حق التتبع :

مازال الجدل القانوني قائما حول منح حق الإمتياز لحق التتبع وفي هذا الإطار نجد 3 مواقف فقهية هي :

الموقف الأول : لا إقرار لحق التتبع في الإمتياز

- حججه : الدائن لا ينفذ إلا على مكاسب المدين إلتزاما بالتعريف الوارد للإلتزام بالفصل 194 من م ح ع.كما أن الدائن في الإمتياز قد يصطدم بمعارضة الغير بملكيته هذا ناهيك عن أن عدم إقرار إشهار حق الإمتياز يعني عدم إمكانية معارضة الغير غير العالم به.ولكن هذه الحجة تصطدم بشكليات الإشهار الموجودة في النصوص المتعلقة ببيع الأصل التجاري وإمتياز ديون السفينة والملاحة الجوية.
- يعتبر هذا الرأي الرافض لإقرار حق التتبع في الإمتياز تأسيسا لضمان الإستقرار التعاقدي.

الموقف الثاني :إقرار حق التتبع

- لا يمكن إعتبار الإمتياز ضمان ناجعا للدائن وتأمينا عينيا قادرا على تحقيق غاياته دون إقرار لإمكانية حق التتبع فيه.
- هذا الموقف قد يضر بالإستقرار التعاقدي لإستحالة معرفة حصول الإمتياز وتفاصيله من قبل الجميع.

الموقف الثالث : الموقف الوسطي

- إن غياب نص عام لا يحول دون إقرار حق التتبع بمقتضي النصوص الخاصة التي أقرت الإشهار في إمتياز دين الثمن في عقد بيع الأصل التجاري مثلا.
- سعي الدائن في إشهار الإمتياز يمكن أن يجابه به الغير عن التتبع كسعي إدارة الجباية لترسيم إمتيازها العام على الرسوم العقارية .

الفقرة الثانية : حق الأفضلية

أولا : شروط حق الأفضلية :

1 – وحدة محل التنفيذ : شرط عام : توزيع شيء محدد على عدة دائنين

2 – تعدد الدائنين حتى يكون هناك تزاحم

3 – يفترض تحويل المنقول أو العقار إلى قيمة نقدية عبر عقلته وبيعه بيعا جبريا بالمزاد العلني.

4 – عدم كفاية الثمن المتحصل عليه من المدين عندها سيقع ترتيب الدائنين من قبل القاضي وتوزيع الثمن بتفعيل حق الأفضلية.

5 – لا بد من الإلتزام بضوابط الإشهار في الديون الممتازة مثل إمتياز ديون السفينة والثمن في بيع الاصل التجاري.

ثانيا : صور التزاحم بين الإمتيازات العامة والخاصة

- التزاحم بين الإمتيازات العامة : مرتبة حسب الفصل 199 من م ح ع.
- التزاحم بين الإمتياز العام والخاص : هناك موقف يعتبر تقديم العام على الخاص إعتبارا للمصلحة العامة وهناك موقف مخالف يقدم الإمتيازات الخاصة إعتمادا على المبدأ القائل بأن الخاص يقدم على العام.
- التزاحم بين الإمتيازات الخاصة فيما بينها : قليلا ما تطرح هذه الوضعية لتعلق كل إمتياز بنطاق محدود ومختلف وبتأويل الفصل 200 من م ح ع يمكن الإقرار بالمساواة أو تقديم إمتياز دين الكراء على الدين الفلاحي.

القسم الثاني : الرهن :

تم تنظيم رهن بالفصول من 201 إلى 302 من مجلة الحقوق العينية وهي تكون الأحكام العامة للرهن وهذه الفصول مقسمة إلى ثلاث أنواع من الأحكام وهي أحكام عامة لكل الرهون (201 إلى 209) ورهن المنقول (210 إلى 269) ورهن العقار (من 270 إلى 302).

- الفصل الأول : الرهن العقاري :
- تعريف الرهن العقاري :

الفصل 201

الرهن عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئا منقولا أو عقارا أو حقا مجردا لضمان الوفاء بالتزام ويخول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه.

- خصائص الرهن العقاري :

في إطار كل رهن هناك مجموعة من العناصر المكونة له وهي المرهون موضوع الرهن والراهن المدين والمرتهن الدائن وللرهن العقاري عدة خصائص متفرعة من كون الرهن كعقد والرهن كحق.

+ الرهن كعقد : هو عقد ضمان لدين معين وهو عقد تابع للالتزام الأصلي وهو عقد شكلي الكتب فيه شرط صحة ويفترض الترسيم إذا كان العقار مسجل وهو عقد ملزم لجانب واحد وهو عقد غير حيازي فحيازة العقار تبقى بيد المدين الذي عليه واجب المحافظة على العقار وصيانته حسب الفصل 207 من م.ح.ع.

+ الرهن كحق :هو حق عيني وحق عيني تبعي وهو حق غير قابل للتجزئة حسب الفصل 208 من مجلة الحقوق العينية " قاعدة الكل بالكل والكل بالجزء "

- الفصل الثاني : رهن المنقول :

يشترك رهن المنقول مع رهن العقار في الخصائص المكونة له سواء من حيث أنه عقد أو من حيث أنه حق.

الموضوع : الرهن العقاري

يتم تكوين الرهن العقاري بينشأ أثارا حتى يتم إنقضاءه .

الجزء الأول : تكوين الرهن العقاري

إن الرهن العقاري ذو طبيعة مزدوجة فهو عقد الفصل 201 م ح ع وهو أيضا حق عيني تبعي 12 م ح ع يضمن الدين.

الفقرة الأولى : تكوين عقد الرهن العقاري

يخضع تكوين عقد الرهن العقاري إلى شروط أصلية وشروط شكلية.

العنصر الأول : الشروط الأصلية

- طرفا العقد : يقتضي عقد الرهن العقاري إلتقاء إرادة الدائن المرتهن وإرادة المدين الراهن فالدائن المرتهن يجب أن تكون له أهلية الوجوب فمن له القدرة على البيع والشراء له القدرة على الرهن. أما المدين الراهن فيجب أن تكون له أهلية التصرف لأن الرهن يثقل ذمته المالية وقد يلتزم المرتهن بالرهن مباشرة أو يلتزم به الغير عوضا عنه فيكون النظام مزدوجا بين كفالة ورهن عقاري.على أن بعض الرهون تفترض توافق الطرفين مثل نظام الإشتراك في الأموال بين الزوجين.
- محل عقد الرهن : إن الدين ضروري لنشأة الرهن نظرا لخاصية التبعية فإذا لم يوجد الدين بطل الرهن ويكون الدين صحيحا وثابتا أما العقار فيجب أن يكون معينا ومخصصا للرهن فإذا كان العقار غير مسجل فيجب تعيينه بالموقع والمحتوى حتى يصبح معلوما وإذا كان العقار مسجل فإن التعيين سوف يتم في الكتب حسب الفصل 377 من م ح ع .ويمكن في صورة السهو إدراج الرهن بالرسن العقاري بموجب كتب تكميلي يقدم لإدارة الملكية العقارية.أما الحق **فقد ضبط الفصل 271 من م ح ع** قائمة الحقوق القابلة للرهن العقاري وهي حق الملكية والإنتفاع والإنزال والهواء ثم أضاف الحق العيني الخاص باللزمات في قانون أفريل 2008.

العنصر الثاني : الشروط الشكلية :

- **الكتب شرط عام يخص كل الرهون :**

- الكتب شرط صحة وقد يكون كتبا رسميا أو غير رسمي ويجب أن يقام بالبلاد التونسية. 275 م ح ع.
- الكتب في العقارات المسجلة فيفرض شروط إضافية تتمثل في أن محرري الكتب محددين في قائمة حصرية وهم عدل الإشهاد وحافظ الملكية العقارية والمديرون الجهويين لإدارة الملكية العقارية والمحامي من غير المتمرنين.ويعتبر هذا الشرط عاما بإستثناء إعفاء المؤسسات المالية والبنكية ومؤسسات الإيجار المالي من هذه الإشكالية.ويلزم محرر العقد بالإطلاع على الرسم العقاري قبل تحرير العقد وذكر بياناته مفصلة ونصح الأطراف كما يلتزم بعد تحرير العقد بتسجيله في القباضة المالية وإيداعه بإدارة الملكية العقارية لترسيمه.

- **الرخص :** الرخص قد تكون قضائية كرخصة المقدم وقد تكون إدارية كرخصة الوالي (الرهن للأجانب) أو وزير أملاك الدولة (إستغلال الأراضي الفلاحية الدولية).

الفقرة الثانية : تكوين وإشهار حق الرهن العقاري :

يتم تكوين حق الرهن بين المتعاقدين ثم إشهار حق الرهن العقاري تجاه الغير.

العنصر الأول : تكوين الرهن بين المتعاقدين

ينشأ الرهن في العقار غير المسجل بمجرد تمام العقد دون وجود أي شكلية أما في العقارات المسجلة فالرهن لا ينشأ إلا بعد ترسيمه بالسجل العقاري وذلك بموجب مقتضيات الفصل 278 من م ح ع .

العنصر الثاني : إشهار الرهن تجاه الغير

قد يكون الغير دائنا أو خلفا خاصا أو مشتري العقار أو موهوبا له ولا يمكن معارضة هذا الغير بالرهن العقاري إلا بعد إشهار هذا الحق ويتم الإشهار من قبل الدائن المرتهن عبر إحترام شكليات الإشهار.

- **شكليات الإشهار في العقارات غير المسجلة :** لا بد من التنصيص على وجود الرهن في سند الملكية عن طريق عدل غشهاد.
- **شكليات الإشهار في العقارات المسجلة :** يتم الإشهار بالتنصيص على عقد الرهن بالرسم العقاري وقد يكون الإشهار عبر القيد الإحتياطي فلا يكتمل حق الرهن إلا بعد قيام الدائن بتنفيذ هذا القيد.

فإذا كان الترسيم ينتج مفعوله بشكل دائم فإن القيد الإحتياطي يفترض تجديده كل 3 سنوات بموجب إذن على عريضة.

بعد تكون عقد الرهن ونشأة حق الرهن بعد الإشهار فإن حق الرهن ينتج آثاره.

الجزء الثاني : آثار عقد الرهن

الفقرة الأولى : الآثار تجاه المتعاقدين :

العنصر الأول : تجاه الراهن

- الرهن لا يعدم الملكية إذ يبقى للراهن حق التصرف في عقاره وحق إستعماله واستغلاله والتفويت فيه لكن لا يمكنه الحط من قيمته لأنه له إلتزاما بحفظه ماديا وقانونيا.

العنصر الثاني : تجاه المرتهن

- للدائن المرتهن الحق في التنفيذ على العقار بعد القيام بإجراءات العقلة والبيع الجبري وبعد إنذار المدين.

الفقرة الثانية : آثار الرهن تجاه الغير

الغير قد يكون خلفا خاص إنتقل له العقار المرهون بموجب البيع وقد يكون بقية دائني المدين.وفي صورة إنتقال العقار المرهون فقد أقر المشرع للدائن المرتهن حق تتبع العقار المرهون وحق الأفضلية.

العنوان الثاني : القانون الجزائي

القانون الجزائي:

العقوبات وتنفيذها، من يعاقب، المسؤولية الجزائيــة، تــوارد الجــرائم والعقوبــات،

المحاولة، المخالفات.

تقديم عام

العنوان الفرعي الأول : التعريف بالقانون الجزائي

العنصر الأول : موضوع القانون الجزائي

- هو مجمل القواعد التي تأطر مختلف الجرائم وعقوباتها.
- القانون الجزائي الخاص: وهو يتكون من القواعد التي تخص كل جريمة على حداها- كما تقع دراسة كل جريمة بالتفصيل.
- القانون الجزائي العام: يتكون من القواعد والمبادئ المنطبقة على مجموعة من الجرائم. ويتمثل في دراسة إجمالية للقواعد العامة المتعلقة بالعقوبة.

العنصر الثاني : طبيعة القانون الجزائي

برزت ثلاثة آراء:

- الرأي الأول : القانون الجزائي ينتمي إلى القانون العام:

المبرر الأول : الدعوى العمومية خاضعة لسلطة الدولة أي كل جريمة تنشأ عنها دعوى عمومية : تحريك الدعوى العمومية: أي إثارة التتبعات تقررها الدولة بواسطة النيابة العمومية./ المتضرر من الجريمة: ليست له سلطة على الدعوى العمومية سواء في انطلاقها أو في مواصلتها./توقيع العقوبة وتنفيذها هما حكر على الدولة بواسطة جهاز القضاء.

المبرر الثاني: اعتداء كل جريمة على حق أو مصلحة راجعين للمجتمع بأسره.

- الرأي الثاني : القانون الجزائي جزء من القانون الخاص :

المبرر الأول : اختصاص المحاكم، المحاكم العدلية هي التي تنظر في النزاعات الجزائية وهذه المحاكم تطبق القانون الخاص.

المبرر الثاني : دور الفرد في تحريك الدعوى العمومية .

- الرأي الثالث: القانون الجزائي فرع مستقل عن القانون:

عديد الفقهاء يعتبرون أن للقانون الجزائي مكانة متميزة نظرا لطبيعته الخاصة لأن القانون الجزائي قانون زجري يؤمن العقاب للفروع القانونية الأخرى سواء كان خاص أو عام.

العنصر الثالث : دور القانون الجزائي

الرأي الفقهي الغالب يرجح الدور العقابي إلى حد وصف القانون الجزائي بشرطي النظام القانوني بفضل عقوباته الجزائية.

القانون الجزائي يأتي لفرض العقوبات ضمانا لاحترام فروع القانون الأخرى لذلك وصف بأنه قانون وضعي من درجة ثانية.

هذا الدور لم يمنع من الاعتراف به ولا ينفي عنه التنظيم الدوري المباشر، وأحيانا يضبط بنفسه قواعد سلوكية لا توجد في القوانين الأخرى مثل واجب الوشاية، أي إعلام السلطات بالجرائم.

العنوان الفرعي الثاني : تطور مراحل القانون الجزائي :

العنصر الأول : التطور العام :

يمكن دراسة هذا التطور عن طريق أربعة مراحل :

- مرحلة الثأر الخاص : هو رد فعل اجتماعي ضد الجريمة في شكل انتقام ، ويتميز بالعشوائية المطلقة سواء من حيث طبيعته أو من حيث الأشخاص اللذين يمارس ضدهم. وهذا الانتقام هو خاص لأن رد الفعل يكون من الخواص أنفسهم.
- مرحلة العدالة الخاصة: هنا العدالة أصبحت محل انتظام نظرا لوجود ضوابط وأصبح هناك قيود على رد الفعل لخلق توازن بين الألم الذي أحدثته الجريمة والألم الذي سوف يحدثه رد الفعل عنها، وأهم قاعدة من هذه القيود هي قاعدة القصاص وهي تترجم محاولة المساواة بين ألم الجريمة وألم رد الفعل. لكن هذه العدالة بقيت خاصة لأنها تمارس من قبل الخواص تحت رقابة السلطة العامة التي بدأت تنمو.
- مرحلة العدالة العامة: هذه المرحلة بلغتها أوروبا في القرن السادس عشر تحت مقولة كل عدالة تنبع من الملك.

هذه المرحلة تميزت بخاصيتين سلبيتين وهي التعسف نظرا لتعدد مصادر القانون الجزائي وعدم المساواة أمام القانون نظرا للتنوع الطبقي في المجتمع. الخاصية الثانية هي التشدد في الإجراءات والقواعد الموضوعية.هذه المرحلة تواصلت إلى حدود الثورة الفرنسية.

- القانون الجزائي الحديث: بداية من القرن الثامن عشر عرف القانون الجزائي تطورا سريع تحت تأثير عاملين.
  - تأثير المدارس الفقهية : كان لها تأثير مباشر على القانون الجزائي الوضعي، وأخذ هذا الأخير بالعديد من أفكارها.

ومن بين هذه المدارس هناك المدرسة الكلاسيكية التقليدية، وأهم تأثير لها على القانون الجزائي فكرة مبدأ الشرعية التي نادت بتقنين القانون الوضعي. كذلك المدرسة الوضعية الإيطالية، ومن تأثيراتها مؤسسة تأجيل التنفيذ والصراح الشرطي ومدرسة الدفاع الاجتماعي الحديث، ومن أهم تأثيرات اتجاهها الفرنسي إقرار القانون الوضعي لنظام عقابي خاص بالمجرمين الأطفال والقصر.

- بروز وتطور علوم الإجرام: القانون الجزائي يقرر ما هو إجرامي ، أي يحدد ما هو مجرّم، بينما علوم الإجرام تلاحظ ما هو إجرامي لضبط دينامكيته الإنسانية والاجتماعية.وفي هذا الإطار يندرج الطب الشرعي والشرطة الفنية...
- أما في خصوص الحالة الراهنة التي أفضى إليها القانون الجزائي الحديث فتتميز بخاصيتين: الخاصية الأولى التضخم الجزائي تضخم الجرائم وتضخم تشريعي.والخاصية الثانية: التجزئة، وتهم قسمين، القانون الجزائي الخاص الذي تفرع بدوره إلى قسمين:القانون الجزائي الخاص التقليدي والآخر سمي بالقانون الجزائي التقني أو القانون الخاص جدا مثل جرائم البيئة وجرائم الشركات.أما القسم العام، فتجزأ بدوره إلى جزائي عام تقليدي واختصاصات أخرى أصبح لها استقلالية.

العنصر الثاني :التطور الخاص في القانون الجزائي التونسي :

- التشريع الجزائي الإسلامي : تراجع هذا التشريع وأفضى الأمر إلى صدور المجلة الجنائية في 9 جويلية 1913 ودخلت حيز النفاذ في جانفي1914 وهي تكاد أن تكون مطابقة للمجلة الفرنسية القديمة الصادرة في 1810 من حيث الشكل والمضمون وهي تمثل نقطة تحول في القانون الجزائي التونسي لأنها تحقق القطيعة مع التشريع الإسلامي.
- المجلة الجزائية التونسية : تم تنقيحها في عديد المرات وهذه المجلة تحتوي على ثلاثة كتب: الأول يحتوي على القواعد العامة والثاني يحتوي جملة من الجرائم التقليدية من صنف الجنايات والجنح، وأما الثالث يحتوي على جرائم المخالفات.

المحور الأول : دراسة الجريمة

الجزء الأول : مفهومها :

المبحث الأول : تعريفها :

لا يوجد تعريف تشريعي .

الفقه : هي فعل أو سلوك يقتضيه ويجرمه ويعاقب عنه نص من القانون الجزائي : تعريف فقهي واسع يفترض تمييز الجريمة عن المفاهيم القريبة منها مثل الجنحة المدنية أو الجنحة التأديبية من حيث أوجه الاختلاف (المصدر – النتيجة – طبيعة الجزاء) ومن حيث نتيجة الاختلاف (ميدان مستقل لكل من الجريمة والجنحة ومبدان مشترك يتكون فيه الفعل في نفس الوقت من الجريمة والجنحة المدنية).

المبحث الثاني : تصنيف الجرائم :

يمكن الاستناد إلى خمسة معايير: 1 • خطورة الجريمة 2 • معيار طبيعة الحق المعتدى عليه 3 • معيار السلوك الإجرامي 4 • معيار النتيجة الإجرامية 5 • معيار الخطأ الجزائي.

المعيار الأول والثاني يرتبطان بالركن الشرعي ويجتمعان في معيار واحد هو المعيار القانوني.

المعيار الثالث والرابع يستندان للركن المادي للجريمة.

المعيار الخامس فيرتبط بالركن المعنوي أو الذهني للجريمة.

الفقرة الأولى : تصنيف الجرائم حسب جسامتها :

الفصل 122 من مجلة الإجراءات الجزائية الذي جاء فيه" توصف بجنايات الجرائم التي تستوجب عقابا بالإعدام أو بالسجن لمدة تتجاوز 5 أعوام، وتوصف بجنح –نقصد الجنحة الجزائية- الجرائم التي تستوجب عقابا بالسجن لا يقل عن 15 يوما ولا يفوق 5 أعوام أو بالخطية التي تتجاوز 60 دينارا، وتوصف بالمخالفات الجرائم التي لا تستوجب عقابا أكثر من 15 يوما أو 60 دينار خطية".

تطبيق معيار الخطورة يحصل دائما بالرجوع إلى النص والعقوبة الواردة به، وبالتالي فإننا لا نراعي هنا العقوبة التي يحكم بها القاضي.كما أن هذا التصنيف يبقى نسبي بفعل المشرع نفسه،هذه النسبية يحدثها بشأن بعض الجرائم، ظروف تشديد يؤثر على العقاب ويحول الجريمة من أقل إلى أشد خطورة. كما أن هذا التصنيف هو نسبي بفعل القاضي من خلال تقنية التجنيح والتخليف.

التصنيف الثلاثي للجرائم

الجزء الأول : خصائص التقسيم الثلاثي للجرائم :

الفقرة الأولى : مبدأ التقسيم الثلاثي :

- 122 م إ ج : الجنح / الجنايات / المخالفات
- يعتمد هذا التقسيم على معيار العقوبة المحددة بالنص القانوني المتعلق بالجريمة المراد وصفها .

الفقرة الثانية : مزايا التقسيم الثلاثي :

- على مستوى الإجراءات :

إختصاص محكمة الناحية بالمخالفات و الدائرة الجناحية لدى المحكمة الإبتدائية بالجنايات / الجنح عقوبة أقل من عام و 1000 دينار خطية محكمة الناحية و ما أكثر تختص المحكمة الإبتدائية .

التقاضي على درجتين في الجنح و الجنايات و لا في المخالفات .

التقادم : عام / 3 سنوات / 10 سنوات

- على مستوى الأصل :

العود يشمل الجنح و الجنايات فقط

زجر المحاولة آلي في الجنايات و يفترض التنصيص في الجنح و المخالفات .

الجزء الثاني : نقد التقسيم الثلاثي للجرائم :

الفقرة الأولى : في جدوى التقسيم : في نظر رافضيه تقسيم غير منطقي و مصطنع يميز بين الجنح و الجنايات رغم أن هناك جنح لا تقل خطورة عن الجنايات .

الفقرة الثانية : مقترح بديل : كان من الأجدر تقسيم الجرائم إلى صنفين خطيرة و قليلة الخطورة مثلما كانت المجلة الجزائية تتكون من كتابين الجنح و الجنايات في كتاب و المخالفات في كتاب .

الفقرة الثانية : تصنيف الجرائم حسب طبيعتها أي حسب مصلحة الحق المعتدى عليه:

- قد يكون الحق المعتدى عليه عاديا من حيث طبيعته فتصنف الجرائم بعادية أو جرائم الحق العام وتكون خاضعة على الصعيدين الإجرائي والموضوعي إلى القواعد العامة للقانون الجزائي .
- وقد يكون الحق المعتدى عليه خصوصيا أو استثنائي فتوصف الجريمة بالجريمة الخاصة وتخضع لقواعد استثنائي ولذلك تصنف بجرائم قانون خاص. وفي هذا الصنف نجد الجريمة السياسية والعسكرية والإرهابية

الفقرة الثالثة : تقسيم الجرائم وفق زمن إكتشافها :

نميز في هذا التقسيم بين الجرائم المتلبس بها و الجرائم غير المتلبس بها . (الفصول 33 إلى 35 من مجلة الإجراءات الجزائية).هذا التصنيف لا يتعلق إلا بالجنح و الجنايات .

مفهوم الجرائم المتلبس بها :

العنصر الزمني إذا وقع مسك أو إلقاء القبض على مرتكبها و هو بصدد إرتكابها أو بعد وقت قصير من إرتكابها مع وجود قرائن قوية تثبت أنه مرتكب الجريمة .

خصائص الجرائم المتلبس بها :

وكيل الجمهورية يتمتع بسلطات قاضي التحقيق من إجراء المعاينات و التفتيش و الحجز

حاكم التحقيق له إختصاصات وكيل الجمهورية بعد إعلامه في الجناية المتلبس بها .

الجزء الثاني : أركان الجريمة :

المبحث الأول : الركن الشرعي :

النص القانوني المجرم للفعل المرتكب ويحدد العقاب المستوجب له.وهو الأثر المباشر لمبدإ شرعية الجرائم والعقوبات :

الركن الشرعي يفترض دراسة النتائج العملية التطبيقية بمبدأ الشرعية والنتائج النظرية له .

الفقرة الأولى : مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات :

أولا : التكريس القانوني لا جريمة بدون نص :

مبدأ دستوري :

- الفصل الأول من المجلة "لا يعاقب أحد إلاى بمقتضى نص من قانون سابق الوضع"
- الفصل 13 من دستور 1959 "العقوبة ... لا تكون إلى بمقتضى نص قانوني سابق الوضع".
- الفصل 28 من دستور 27 جانفي 2014

ثانيا : المبادئ المتفرعة عن مبدأ الشرعية : (النتائج العملية).

- **مبدأ التحرير الدقيق للنصوص الجزائية:**

- هذا المبدأ يعني المشرع فقط دون القاضي وهو يتفرع عن مبدأ الشرعية الذي يهدف إلى ضمان الحريات الفردية وبالتالي الحد من سلطات القاضي عند تطبيق النص التجريمي.
- التزام المشرع بالوضوح في تحرير النص التشريعي سواء في تحديد الأفعال المجرمة وبتحديد العقوبة لكل جريمة والتي يتعين ضبطها من حيث النوع والمقدار.

- **مبدأ التأويل الضيق :**

1 / نطاق المبدأ :

+ منع الحكم عن طريق القياس

+ إعتماد المعنى الملائم لمقصد المشرع و عند الغموض الرجوع إلى الأعمال التحضيرية

2 / الإستثناء :

+ النص غير التجريمي

+ النص التجريمي في حالة الغموض أو قدم النص.

يعني هذا المبدأ في جوهره تحجير أي دور خلاق عن القاضي، فمن ناحية أولى هو ممنوع من تجريم فعل في غياب النص، ومن ناحية ثانية هو ممنوع من التوسع في نطاق التجريم بسحبه على أفعال شبيهة أو قريبة من الأفعال المجرمة في النص. إذ يحجر استعمال القياس في المادة الجزائية فهذه التقنية معتمدة في المادة المدنية وليس في المادة الجزائية التجريمية.

فهذا المبدأ لا يعني أن القاضي الجزائي يحجر عليه التأويل بصفة مطلقة وإنما عليه فقط الإلتزام بالنص التجريمي وعدم خروجه عن نطاق الأفعال المجرمة.في ما عدا ذلك، القاضي له مجالا للتفسير سواء في المادة التجريمية نفسها أو في غير التجريمية.

<u>فبالنسبة للمادة التجريمية يفسر النص في وضعيتين:</u>

الوضعية الأولى هي غموض ذلك النص من رداءة في تحريره أو استعماله لعبارات تفهم بأكثر من معنى، وأمام ذلك الغموض القاضي مطالب بالتفسير.

الوضعية الثانية: في حالة قِدم النص ويصبح غير متلائم مع الواقع، فيقوم القاضي بملامته مع الظروف الجديدة.

بالنسبة للمادة غير التجريمية:

القاضي يتحرر كليا من المبدأ عندما يتعلق الأمر بمصلحة للمتهم، فيتجه الدور الخلاق الذي يجيزه التأويل في اتجاه إكمال النص التشريعي بقواعد تكميلية كما يمكنه استعمال القياس بسحب النص على وضعيات مشابهة.

- **مبدأ التكييف القانوني للأفعال :**

يجب على القاضي الجزائي أن يربط الأفعال المرتكبة ويحدد بالتبعية النص التجريمي الذي يقبل الانطباق عليها وهي العملية التي بمقتضاها يعطي وصف إجرامي ممكن للأفعال ويحدد بالتبعية النص الذي من شأنه الانطباق عليها.وهذه العملية لها ثلاثة خصائص:

وجوبية بالنسبة للسلطة القضائية، فإذا تعذرت عملية التكييف يتعين على القاضي ترك السبيل

ظرفية إلى حين صدور حكم بات

عملية قانونية تخضع لرقابة محكمة التعقيب.

- **مبدأ عدم الرجعية :**

1 / نطاق المبدأ :

+ التكريس :

الدستور و المجلة الجزائية

+ يلزم القاضي و المشرع

مبدأ عدم الرجعية يلزم المشرع عند وضعه للنص ويلزم القاضي عند التطبيق :

بالنسبة للمشرع يحجر عليه وضع نصوص تجريمية أي التي تحدث تجريم لم يكن موجود في السابق أو تكون مشددة لتجريم سابق.ويحجر على المشرع وضع نصوص تجريمية جديدة يقر فيها بالطابع الرجعي وهذا التحجير مطلق في المادة الجزائية لأن مبدأ شرعية العقاب والتجريم له قيمة دستورية في المادة الجزائية.

بالنسبة للقاضي: يحجر على القاضي تطبيق نص تجريمي جديد بأثر رجعي فنطاق تطبيق النص التجريمي الجديد هي الفترة اللاحقة لصدوره ولا يشمل الفترة السابقة لدخوله حيز التنفيذ.

2 / إستثناءات المبدأ :

+ القانون الأرفق أو الأرحم

يفترض في هذا القانون أن يأتي رفقا بالمتهم مخفضا للعقوبة أو ملغيا لها فيتم تطبيقه على الوضعيات الجارية والتي لم يصدر فيها حكم بات.

+ الإجراءات الجزائية

النص غير التجريمي لا يخضع للمبدأ بل يمثل استثناء له إذ يتعلق بالإجراءات الجزائية أساسا كذلك النص الأرفق للمتهم الذي يلغي جريمة كانت موجودة في السابق أو يخفف العقاب لجريمة معينة والتي يتعين تطبيقه رجعيا في الحالات التي لم يصدر في شأنها حكم بات.

- **مبدأ إقليمية النص الجزائي :**

يتأسس هذا المبدأ على إعتبار قواعد القانون الجزائي غير منطبقة إلا في حدود الإقليم الخاضع لسيادة الدولة.
وعلى هذا الأساس لا تخضع للقانون الجزائي التونسي إلا الجرائم المرتكبة داخل إقليم الدولة التونسية مهما كانت هوية مرتكب الجريمة.
1 / نطاق المبدأ :

+ إنطباق النص الوطني داخل حدود الإقليم :

يفترض إنطباق النص الجزائي الوطني داخل حدود الإقليم تحديد مفهوم الإقليم فالإقليم هو الرقعة الجغرافية البرية والبحرية والجوية التي تخضع لسيادة الدولة التونسية والتي تمارس عليها سلطتها السيادية وهذا الإقليم هو الذي يطبق فيه القانون الجزائي.

+ عدم إنطباقه خارج الإقليم : إحترام السيادة

يقابل مبدأ إنطباق النص الوطني الجزائي داخل الإقليم مبدأ عدم إنطباقه خارج الإقليم وذلك لنفس الإعتبارات المذكورة فكما تتمتع الدولة التونسية بسيادة على إقليمها يجعله خاضعا لقانونها الوطني بما في ذلك شقه الجزائي فإن بقية الدول تمتتع بأحقية انطباق قانونها على إقليمها تطبيقا لمبدأ سيادتها عليه.فمبدأ السيادة يحمل وجهين الوجه الأول يسمح بإنطباق القانون الوطني داخل الإقليم الوطني والوجه الثاني يفرض إحترام انطباق القانون الأجنبي على الإقليم الأجنبي إحترام لمبدأ السيادة التي تتمتع به كل دولة على حدة.

2 / إستثناءات المبدأ :

+ عدم الإنطباق القانون الوطني على جرائم داخل الإقليم :

يحمل كل مبدأ إستثناءات فإن كان مبدأ إقليمية النص الجزائي يسمح بإنطباق هذا النص على الإقليم مهما كانت هوية مرتكب الفعل تونسيا كان أو أجنبيا فإن هناك بعض الحالات تمنع من إمكانية إنطباقه ومن هذه الحالات تمتع أحد الأشخاص المتركبين بالحصانة التي تمنع الدولة من معاقبته والإكتفاء فقط بترحيله مثل الممثلين الدبلوماسيين وكذلك حالات – سقوط بمرور الزمن – العفو

+ إنطباق القانون الوطني على جرائم خارج الإقليم :

يمكن للقانون الوطني أن ينبق خارج الإقليم في حالات معينة وهي التالية :

جريمة ضد مواطن تونسي 305 م إ ج مبدأ شخصية النص الجزائي

جريمة ضد المصالح السياسية للدولة 306 عينية النص الجزائي

جرمة ذات صبغة دولة 307 م إ ج عالمية النص الجزائي

يتحدد النطاق المكاني لتطبيق الجريمة بحدود إقليم الدولة، أي القاضي الوطني يختص بالنظر في الجرائم المرتكبة داخل حدود دولته ويطبق عليها القانون الجزائي الوطني.

الوجه الإيجابي للمبدأ :الانطباق الشامل للقانون الجزائي في الوطن على جميع الجرائم. وهذا يعني استبعاد تطبيق القانون الجزائي الأجنبي على تلك الجرائم.

الوجه السلبي للمبدأ يتمثل في عدم انطباق القانون الجزائي الوطني على الجرائم المرتكبة خارج الوطن

بجدر التذكير أن القانون الجزائي لا ينطبق على الجرائم المرتكبة بالوطن إذا ارتكبوها أجانب يتمتعون بحصانة دبلوماسية.

كما أن القانون الجزائي الوطني ينطبق –بشروط- على الجرائم المرتكبة خارج الوطن في الثلاث الحالات المذكورة سابقا.

ثالثا : النتائج النظرية لمبدأ الشرعية :المصادر الشكلية للقانون الجزائي :

- **مصادر القواعد التجريمية:**

مصدر القاعدة التجريمية وهو النص التشريعي القانوني المكتوب ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها، وكذلك المخالفات الجزائية المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية إذا مصدر التشريع هنا السلطة التشريعية.

إمكانية صدور النص التجريمي عن السلطة التنفيذية إذا تعلق الأمر بالتجريم والعقاب في المخالفات التي لا تقتضي عقوبة السجن، بمعنى مصدر التجريم والعقاب في المخالفات التي ليس فيها عقوبات السجن يمكن أن يصدر عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية الترتيبية.

النص التشريعي يمثل المصدر الأساسي للقانون الجزائي بما أن قواعده أغلبها قواعد إجرامية.

إن المصادر الشكلية الأخرى للقانون لا تمثل مصدرا للقانون الجزائي أي لا يمكن أن تكون عرفا أو فقه قضاء.

- **مصادر القواعد غير التجريمية :**

هي القواعد التي لا تضع تجريما أو عقابا،وإنما تخدم مصلحة المتهم، ومنها ما يتعلق بموانع المسؤولية وهي قواعد من القانون الجزائي لكنها غير مجرمة. قد يكون مصدرها النص التشريعي نفسه وقد يكون مصدرها المباشر العرف أو فقه القضاء، وبالتالي يمكن أن يكون

مصدر القواعد غير التجريمية غير مكتوب.ومن هنا نستنتج أن نطاق مبدأ الشرعية يقتصر على التجريم والعقاب ويتراجع بمختلف نتائجه في المادة غير التجريمية.

الفقرة الثانية : أسباب التبرير و الإباحة :

- **أولا : الدفاع الشرعي : الفصول 39 و 40**

الدفاع الشرعي هو الوضعية التي يشكل فيها ارتكاب الجريمة رد فعل مشروع ضد اعتداء خارجي ومرد تبريره أمران:

أولا: تخلف السلطة العامة عن حماية المجتمع مما يجعله يدافع عن نفسه.

ثانيا: علوية مصالح الضحية على مصالح المعتدي.

ويتضح من قراءة الفصل 39 ضبط الشروط العامة للدفاع الشرعي والفصل 40 يحتوي صورتين خاصتين للدفاع الشرعي.

الفرع الأول : الشروط العامة للدفاع الشرعي :

العنصر الأول : شروط فعل الاعتداء :

- الشروط متعلقة بالأشخاص: الاعتداء مسلط على الشخص ذاته أو على أقاربه والأقارب هم الأصول والفروع والأخوات أما إذا كان الشخص المتعرض للخطر من غير هؤلاء فللقاضي تحديد درجة المسؤولية.
- الطابع الخطير للاعتداء: يعتبر الاعتداء خطيرا إذا عرض الحياة للخطر وإذا استهدف حياة الإنسان.لا يتحقق الدفاع الشرعي في ثلاثة وضعيات:أولها: إذا كان مستهدف للحرمة الجسدية دون الحق في الحياة فإنه لا يتحقق به شرط الخطورة.وثانيهما: إذا كان الاعتداء يمس الشرف، كالاعتداء برد فعل ضد اعتداء قولي، لا يعتبر شرعي.وثالثها: إذا كان الاعتداء على الملك أي على المال بوجه عام.ومن هنا نتبين أن الفصل 39 لا يشمل الاعتداء على الأملاك وإنما يشمل الاعتداء على الجسد.
- الطابع الزمني للاعتداء: يجب أن يكون الاعتداء معرضا الحياة لخطر حتمي ولا يكون قد حصل في الماضي قبل مدة من رد الفعل وإلا اعتبر هذا الأخير غير شرعي فيوجب هذا الشرط التزامن بين رد الفعل والهجوم.
- الطابع غير المشروع للاعتداء: أي يشترط في الاعتداء عديم السند القانوني؛ وهذا الشرط لم يقتضيه الفصل 39.

العنصر الثاني :شروط فعل الدفاع :

يتضح من الفصل 39 أن فعل الدفاع يجب أن يكون ضروري ويضيف الفقه وفقه القضاء الطابع المتناسب مع الاعتداء.

- الطابع الضروري: يقصد به أن يكون الفعل الإجرامي الحاصل بوجه الدفاع هو الوسيلة الوحيدة للنجاة من الهجوم وهذا الشرط يعتبر مختلا إذا وجدت سبل أخرى للتخلص من الاعتداء كالفرار أو إطلاق النار في الفضاء؛ و هذا ما أقرته محكمة التعقيب.
- الطابع المتناسب مع الاعتداء: المجلة الجزائية الفرنسية الجديدة بالفصل 122 خامسا يستبعد الدفاع الشرعي "في صورة عدم التناسب بين وسائل الدفاع المستعملة؛ إذا لم يوجد تناسب بين فعل الدفاع والاعتداء يبقى تقديره خاضعا للقاضي".

يقصد بالتناسب أن فعل الدفاع يجب أن يبذل بالقدر الكافي واللازم لإنهاء الاعتداء؛ فالتناسب لا يعني بالضرورة التساوي أو من باب أولى أن يكون فعل الدفاع أقل خطورة، وإنما التناسب يعني الكفاية في صد الهجوم.

- الطابع القصدي : يشترط الفقه وفقه القضاء الفرنسيين أن يكون فعل الدفاع قصديا، ويترتب عن ذلك أن الدفاع الشرعي لا يبرر الجرائم الغير قصدية وإن نطاقه ينحصر في الجرائم القصدية .

الفرع الثاني : الصور الخاصة للدفاع الشرعي :

- الصورة الأولى: الفعل الإجرامي المتمثل في الاعتداء بالعنف ليلا لصد اقتحام غير مشروع بالخلع أو التصور أو بثقب جدران لمحلات سكنى أو توابعه.
- الصورة الثانية: هي صورة نفس الفعل الإجرامي تتمثل في القتل أو التعنيف لصد سرقة بالقوة؛ وهذه الصورة تختلف عن سابقتها في كونها لا تقتضي شرطا زمانيا أو مكانيا معين وإنما تقتضي في المقابل أمرين متصلين بالاعتداء الذي يشترط فيه أن يكون مصدره جماعيا، أي عن مجموعة من الأشخاص لاستعمال المشرع صيغة الجمع، ومن حيث غايته وهي السلب والسرقة بالقوة.

محكمة التعقيب قرار عدد 26361 المؤرخ في 7 فيفري 2008: "قرينة الدفاع الشرعي الواردة بالفصل 40 من المجلة الجزائية تختلف عن الصورة الواردة بالفصل 39 لعدم اشتراط الخطر المحدق ووجوب التناسب بين الهجوم ورده."

- **ثانيا : رضاء الضحية :**

هناك إجماع فقهي على أن موافقة المتضرر من الجريمة لا تشكل عذرا مبررا لمرتكبها.

وقد كرس المشرع هذا الموقف في نصوص متفرقة دون تخصيصه بنص عام.

مثال الفصل 232 من المجلة الجزائية.

- **ثالثا : الإكراه :**

جاء بالفصل 41 أن [طاعة المجرم بسبب شدة تعظيمه لمن يأمره بارتكاب جريمة لا تنجر له منها صفة الجبر].

يؤكد الأستاذ كارم الجوة في تعليقه على هذا النص أن المشرع أراد الاعتراف بالإكراه كمانع من موانع المسؤولية إلا أنه لم يحسن القول فلا هو حدد مفهوم الإكراه ولا هو ضبط الشروط

أو الخصائص التي تسير الإكراه كمانع من موانع المسؤوليةلم يعترف به بوجه صريح و مباشر و إنما اعترف به بطريقة ملتوية عن طريق وضع هذا النص في قسم عدم المؤاخذة بالجرائم و هذا ما يطرح التساؤل عن مفهوم الإكراه والشروط التي يجب أن تتوفر فيه حتى يكون نافيا للمسؤولية الجزائية.

- مفهوم الإكراه : يتمثل في قوة مادية أو معنوية تضغط على الإرادة فتضلها وتكبلها سواء كان مصدرها خارجي أم ذاتي.
- شروط الإكراه: وفق الفقه وفقه القضاء الفرنسي تتمحور حول شرطين : أولا الطابع الغير قابل للدفع أو الصد، ثانيا الطابع غير المتوقع.

- **رابعا : حالة الضرورة :**

التشريع الفرنسي فقد تطور سنة 1992 عندما وضع عذر آخر مبرر وهي حالة الضرورة {l'état de nésséсitéé} التي وردت بالفصل 122 سابعا.

تعرف حالة الضرورة بالوضعية التي لا يجد فيها الشخص من سبيل غير ارتكاب الجريمة لحماية حق أسمى قيمة من ذلك المهدور بارتكاب تلك الجريمة. إذً ارتكاب الفعل الإجرامي هو فعل متبصر، أي عن وعي وحرية اختيار، وهو ترجيح للمصلحة الأرقى التي لا يمكن حمايتها إلا بارتكاب الجريمة.

أما شروط حالة الضرورة: وجود خطر حتمي يهدد الإنسان في سلامته الجسدية أو ماله؛ / والطابع الضروري لارتكاب الفعل الإجرامي/الطابع المتناسب لذلك الفعل والخطر المراد دفعه.

- **خامسا : إذن القانون و أمر السلطة العامة الفصل 42 :**

يتعلق الأمر بعذرين مبررين مستقلين كل منهما كافيا بذاته لكن المشرع جمعهما في الفصل 42 ويعتبر الفقه أن للعذرين نطاق شامل يتسع على كل الجرائم بقطع النظر عن خطورتها.

الفرع الأول : إجازة القانون :

المقصود بالقانون هو التشريع والإجماع حاصلا فقهيا على أن التشريع يأخذ في مفهومه المادي وليس الضيق؛ كما أقر فقه القضاء الفرنسي أن إذن القانون قد يصدر من العرف ومن ذلك تأديب الولي لابنه.

ويعتبر الفقه أن إجازة القانون الذي قد يتخذ أمرا أو ترخيص يبرر لوحده الفعل الإجرامي عندما يكون موجها مباشرة لشخص ليس له أن يتلقى الأوامر من شخص آخر وليس عليه إلاى احترام القانون ذاته.

من أمثلة ذلك قاضي التحقيق الذي يصدر بطاقة إيداع بالسجن ضد متهم/الطبيب الذي يعلم السلط الصحية بالمرض الساري الذي يشكوه حريفه، لا يؤاخذ بجريمة إفشاء السر المهني.

الفرع الثاني : أمر السلطة الشرعية

يفترض ذلك شرطان أساسيان :

السلطة التي أصدرت الأمر يجب أن تكون شرعية، وهذا ما يقتضي إحرازها أمرين (أولا تكون سلطة عامة، فبإجماع ففهي تتعلق عبارة سلطة بالقطاع العام، وهذا ما يقصي الأوامر الصادرة عن سلطة خاصة كالأبوين أو المؤجر./ثانيا: أن تكون سلطة مختصة، وهذا يفترض من ناحية أولى أن تكون تسميتها قانونية ومن ناحية ثانية يكون إصدار الأمر من أنظارها أي داخل في اختصاصها الوظيفي الفصل 42 ينص على ذلك صراحة عندما اقتضى أن يكون الأمر صادر عن السلطة التي لها النظر)

الأمر الوارد تنفيذه، فيشترط أن يكون قانونيا أي في كنف القانون بواجب الطاعة المحمول على المرؤوس : هذا الشرط يطرح إشكالا لأن المرؤوس قد لا يعلم أن الأمر مطابق أو مخالف للقانون ولذلك تدخل المشرع الفرنسي في المجلة الجزائية الجديدة بإقصاء الفعل المخالف للقانون بصفة بارزة.وعندما يكون الأمر في حالات يكون الفعل فيها مخالف للقانون بصفة ظاهرة يبقى الاجتهاد للقاضي.

<u>المبحث الثاني : الركن المادي :</u>

<u>الفقرة الأولى : العنصر القار : السلوك الإجرامي :</u>

- طبيعة السلوك الإجرامي : نميز فيه بين الجرائم الإيجابية و الجرائم السلبية .
- شكل السلوك الإجرامي : نميز فيه بين :

- زمن السلوك الإجرامي الذي يسمح بتقسيم الجرائم إلى جرائم حينية و جرائم مستمرة.
- تركيبة السلوك نميز فيه بين الجريمة البسيطة و الجريمة المركبة و في الجرائم المركبة بين الإعتياد والمركبة بالمعنى الدقيق .

<u>الفقرة الثانية : العناصر غير القارة : النتيجة و العلاقة السببية :</u>

تسمح بتصنيف الجرائم إلى :

- جرائم شكلية و هي جرائم السلوك المحض
- جرائم مادية نميز في إطارها بين الجريمة المادية التامة و الجريمة المادية غير التامة أي محاولة إرتكاب جريمة .

<u>الموضوع : المحاولة : الفصل 59 :</u>

1 / <u>أصناف المحاولة :</u>

<u>+ الجريمة المبتورة :المحاولة المعطلة :</u>

تتألف المحاولة المعطلة من شرطين أساسيين :

➢ <u>الشرط الأول</u> :<u>فعل الشروع في التنفيذ:</u> هذا ما يعبر عنه الفقهاء بالركن المادي للمحاولة المعطلة

هذا الركن يقتضيه فقه القضاء صراحة ويشير إليه الفصل 59 من خلال عبارة <u>التعطيل</u> الذي يعني عدم استكمال الفاعل في تحقيق نتيجة. هذا الشرط يطرح إشكالا على الصعيد النظري بما يسمى العمل التحضيري الذي لا يدخل في نطاق الركن المادي للجريمة رغم أنه سلوك

مادي يتجاوز به مرتكب الجريمة مرحلة العزم الجنائي. فالملاحظ هنا أن ما يسمى بالتمشي الإجرامي الذي قد يمر أحيانا عبر ثلاثة مراحل يفصل بينهما انقطاع وهما العزم •التحضير •التنفيذ؛ ولئن كانت المرحلتين الأولين غير مجرمتين، فإن الشروع في المرحلة الثالثة من شأنه تحقق المحاولة المعطلة ولذلك وجب ضبط معيار خاص به لفصله عن مراحل التحضير

موقف محكمة التعقيب :تقدير مسألة فعل الشروع وتمييزه عن العمل التحضيري هي مسألة واقعية ترجع إلى اجتهاد قاضي الموضوع.

- الشرط الثاني : عدم العدول التلقائي: وهو شرط سلبي يعني أن مرتكب فعل الشروع لا ينقطع عنه تلقائيا وإنما ينقطع عنه بسبب تدخل أجنبي يبتر نشاطه الإجرامي إما ماديا، كأن يلقى عليه القبض، أو بالتأثير على نفسيته مما قد يدفعه إلى التراجع.

+ الجريمة الخائبة :

المجرم لا يعدل عن نشاطه الإجرامي ولا يعطل في استكماله، ومع ذلك فإنه يخيب في تحقق النتيجة وقد درج الفقه التقليدي على تمييز هذه الصورة من المحاولة وبينما يعرف بالجريمة المستحيلة التي يستكمل فيها الفاعل نشاطه الإجرامي دون أن يفلح في تحقيق نتيجة لقيام استحالة مادية يجهلها إما بمحل الجريمة أو وسيلتها كأن يطلق المجرم النار على ميت أو يستعمل مسدس فارغ...

وقد أدى الإقرار بهذا الاختلاف إلى طرح السؤال حول قابلية زجر الجريمة، ومن ناحية أخرى أدى هذا الإقرار باختلاف الجريمة الخائبة عن الجريمة المستحيلة إلى اعتبار هذه الأخيرة غير مشمولة بالنص المؤطر للمحاولة.

إن الفقه الحديث لم يعد يأخذ بهذا التمييز تأييدا لموقف محكمة التعقيب الفرنسية المؤرخة في 16 جانفي 1986 الذي اعتبرت فيه أن الجريمة المستحيلة ليست إلى محاولة موجبة للعقاب.

وعلى هذا الأساس أصبح الفقه الفرنسي يرى أن الجريمة المستحيلة ليست في حقيقتها إلى مظهرا للجريمة الخائبة بما أنها تفترض جريمة استكملت نشاطها والنية في تحقيق النتيجة بسبب خارجي، ويستوي الأمر بين أن يكون السبب سابقا أو معاصر لارتكاب الفعل الإجرامي. والثابت أن هذا الموقف قابل للاعتماد في القانون التونسي لأن الفصل 59 لا يتضمن أي إشارة أو شرط بخصوص الوقت أو الزمن الذي ينشأ فيه العامل الخارجي الذي منع من تحقيق نتيجة وهو ما يسمح بالاستنتاج أن هذا النص يستوعب الجريمة المستحيلة التي يمكن بمقتضاها إرجاعها إلى الجريمة الخائبة واعتبارها مندمجة بها، أي هي أحد مظاهرها.

2 / عقاب المحاولة :

+ المبدأ : عقاب الجريمة هو عقاب المحاولة 59 :

+ مدى زجر المحاولة : الزجر آلي في الجنايات و يستوجب التنصيص في الجنح و المخالفات

متى نعاقب عن المحاولة؟ وكيف سنعاقب عنها؟

بالنسبة للسؤال الأول، المشرع التونسي تبنى موقف وسطي بين النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية أو الذاتية

النظرية الموضوعية: لا عقاب في المحاولة.

النظرية الشخصية: إذا كان لهذا الشخص نية إجرامية ويقصد تحقيق نتيجة إجرامية فهو يتماثل تماما مع الذي حاول ونجح.

هذا الموقف الوسطي أساسه التمييز بحسب صنف الجريمة من حيث الخطورة، فبالنسبة للجنايات يكون الزجر أساسه الفصل 59 ولذلك فإن الزجر لا يحتاج إلى تنصيص صريح صلب النص المحدث لكل جناية والمبدأ هنا شامل ولا يحتمل الاستثناء إذً المحاولة موجبة للعقاب في كل الجنايات.

أما بخصوص الجنح والمخالفات، فالزجر استثناءي وهو ما يستوجب التنصيص عليه صلب النص المحدث للمخالفات.

وبالنسبة للسؤال الثاني المتعلق بطبيعة العقاب ، المشرع تبنى نظرية شخصية التي تقر بالزجر في المحاولة. كما يكون العقاب في الجريمة التامة.

<u>المبحث الثالث : الركن المعنوي :</u>

<u>الفقرة الأولى : طبيعة الإرادة المؤدية إلى الإدانة :</u>

الفصل 37 م ج : لا يعاقب أحد إلا بفعل إرتكب قصدا عدا الصور المقررة بوجه خاص بالقانون .

- <u>القصد الجزائي :</u>

+ تعريف القصد الجزائي : النية المتجهة لإرتكاب الجريمة مع العلم به .

+ التمييز عن الدافع الذاتي لإرتكاب الجريمة

+ أصنافه : قصد عام و خاص / قصد بسيط و مركب .

- <u>الخطأ الجزائي :</u> إرتكاب سلوك إجرامي دون نية الإضرار :

الجرائم القصدية الفصل 37 و الجرائم غير القصدية القائمة على الخطأ الجزائي.

- <u>أسباب عدم الإسناد المعنوي : موانع المسؤولية الجزائية : الفصل 38 م ج :</u>

- **<u>صغر السن</u>**

صغر السن إلى حدود سن ثلاثة عشر كاملة:

- حسب الفصل 38 من المجلة الجزائية وهذه القاعدة تمثل في حقيقتها امتدادا لأحكام الفصل 156 الفقرة الأولى من مجلة الأحوال الشخصية التي أورد فيها المشرع قرينة

قانونية قاطعة على انعدام القدرة على التمييز لدى الصغير الذي لم يبلغ ثلاثة عشر كاملة فهو غير مميز.

- ومن هذا المنطلق يمنع الإسناد في شأن هذا الصنف وبالتالي انعدام المؤاخذة الجزائية.
- وقد أكدت مجلة حماية الطفل ما جاء بالفصلين 156 من مجلة الأحوال الشخصية و 38 من المجلة الجزائية، وجمعت بين القاعدتين الواردتين بهما وذلك بالفصل 68 في فقرته الأولى.

- **الجنون أو فقدان العقل**

نص الفصل 38 يشترط أن تكون مرحلة فقدان العقل مزاولة للجريمة

- الفصل 160 في فقرته الأولى من مجلة الأحوال الشخصية : المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا تعتريه فترات يثوب أليه عقله فيها.
- من خلال ذاك التعريف نستنتج أمرين أساسيين أولهما أن الجنون هو فقدام العقل، فهو مرض عقلي يعدم القدرة على التمييز ، ويصبح في منزلة الصغير دون 13 سنة. ومن الضروري أن نميز الجنون عن الحالات القريبة منه دون أن تكون لها نفس الآثار القانونية:
- ما يعبر عنه الفقهاء بالأمراض العقلية الجزئية وهي أمراض لا تعدم كليا القدرة على التمييز فهي لا تعدم المسؤولية الجزائية مثل الاضطرابات العقلية وحالات السكر الاختيارية.
- الجنون في مفهومه القانوني أوسع نطاق في المفهوم الطبي الضيق، فمن منظار قانوني يشكل الجنون كل مرض عقلي يعدم القدرة على التمييز، أي إذا كان مصدره العقل أو وظيفته أو مدته.
- الجنون اللاحق للجريمة لا ينفي المسؤولية، لكن المحاكمة تبقى معلقة إلى حين شفاء المجنون.

المحور الثاني : المجرم :

المبحث الاول : المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين :

1 / الفاعل الأصلي :

- + فاعل مادي : مرتكب الفعل . قد يكون مجرما واحدا أو متعددا :
- لم يعرف المشرع الفاعل الأصلي المادي لكن يمكن تعريفه أنه هو الذي يرتكب السلوك المادي المجرم إذا كانت الجريمة بسيطة أو هو الذي يرتكب أحد الأعمال المركبة للجريمة.
- يمكن أن نستنتج أن الفاعل المادي قد يكون منفردا إذا تحققت على يده الركن المادي للجريمة. كما يمكن أن يكون متعددا ويسمى فاعلا أصلي مع غيره إذا تداخلت عدة أشخاص في تحقيق ذلك الركن المادي للجريمة سواء بارتكاب كل واحد منهم نفس السلوك المجرم البسيط أو بارتكاب كل أحد منهم نمط من أنماط السلوك المكون لنفس الجريمة.

+ فاعل معنوي : يأمر أو يحرض على إرتكاب الجريمة ينزل منزلة الشريك / لكن قد ينص النص على أنه فاعل أصلي مثل إختطاف شخص بواسطة الغير 237 م ج :

- هو مصطلح فقهي ويعرف بكونه من يتولى تسخير غيره في ارتكاب الجريمة، فهو من يدبر ويخطط للجريمة لكن لا ينفذها بنفسه وإنما "يرتكبها" بواسطة غيره.
- المشرع، و إن لم يستعمل المصطلح ولا يعرفه ولم يخصه بنص عام، فإنه لا يجهل المفهوم بل يراعيه أحيانا من خلال تنزيل "الفاعل المعنوي" منزلة الفاعل الأصلي لاقتضائه بمعاقبة المجرم. (مثال الفصول 137 101 من م.ج)
- لكن في ما عدا الحالات التي ينزل فيها المشرع الفاعل المعنوي منزلة الفاعل الأصلي فإن مسألة الفاعل المعنوي لا تثار إلى في نظرية المشاركة، حيث يوصف بالشريك، وهذا ما يفترض تحقق الشروط العامة للمشاركة والشروط الخاصة في المشاركة بالتحريض
- الأستاذ كارم الجوة يقول في هذا الإطار أن الطابع غير الدقيق للفاعل المعنوي يحتاج مزيد من التوضيح والتدقيق في عبارتيه : فعبارة "المعنوي" لا تعني عدم ارتكاب هذا الشخص لأي فعل مادي فهذا الشخص يرتكب سلوك خارجي كالقول أو الكتابة الكفيلين بتبليغ تعليماته وطلباته إلى المنفذ؛ لذلك فإن عبارة "معنوي" تعني فقط أن الشخص الذي يوصف بها لا يرتكب بنفسه السلوك المادي المجرم. أما عبارة "الفاعل" لا تعني بالضرورة صفة الفاعل الأصلي بل قد تعني صفة الشريك بتوفر شروط المشاركة.

2 / الشريك :

تبني المشرع التونسي النظرية المادية القائمة على تعدد أفعال المشاركة لا النظرية الشخصية القائمة على النية الإجرامية.

أ / شروط المشاركة :

+ وجود جريمة أصلية و التنصيص على عقاب المشاركة :

- المشاركة لا توجد بذاتها وإنما هي مشاركة في جريمة أصلية تتبعها وتستعير التجريم منها، فتجريم المشاركة مستمد من تجريم الفعل الأصلي، و هذا ما يقتضي وجوده وقابلية عقابه.
- التبعية واستعارة التجريم التي تكون عليها المشاركة إنما تتعلق بالفعل الأصلي الموجب للعقاب.وفي المقابل لا تمتد التبعية إلى شخص الفاعل الأصلي الذي قد يفلت من العقاب لأسباب شخصية لا تأثير لها على وجود المشاركة و عقابها.

+ إتجاه الإرادة إلى إرتكاب فعل المشاركة :

- الركن المعنوي أو الذهني يتمثل في إجماع الفقه في القصد الإجرامي، فجريمة السرقة هي قصد (تفترض عنصر العلم والشراكة)، هذا الطابع القصدي للمشاركة أكده المشرع بالفصل 32من خلال استعمال عبارات دالة عليه كقوله "مع علمه" أو "عمدا"...

- يقتضي الوجود المادي للمشاركة ارتكاب فعل مادي خارجي فيه مساهمة تبعية فرعية في الجريمة الأصلية.
- فالفصل 32 من المجلة الجزائية حدد بصفة حصرية الأفعال المادية المكونة المشاركة والتي تتميز بالطابع التام، فالإجماع حصلا فقهيا على أنه لا يوجد محاولة في المشاركة، فالمشاركة إما تامة أو غير موجودة.والطابع الإيجابي: جميع مظاهر فعل المشاركة في الفصل32 هي أفعال إيجابية وبالتالي فإن المشاركة هي جريمة إيجابية؛ أي لا تقوم بمجرد الامتناع. لكن المشرع أورد بنفس الفصل استثناء لهذه القاعد! وقد ورد بنص خاص هو الفقرة 3 من الفصل 2 من الأمر المؤرخ في 9 جويلية 1942 الذي يكرس بوجه استثنائي ومحدود النطاق ما يعرف بالمشاركة السلبية التي تقوم عن الامتناع عن الإعلام أو إخبار السلطات العمومية بمشاريع الجرائم التي يعلمها الشخص أو بما يشاهده من جرائم ترتكب أمامه (واجب الوشاية).
- تنوع أفعال المشاركة : االفصل 32 قد يكون سابقا أو لاحقا أو متزامنا مع الفعل الأصلي و تتميز هذه الأفعال بصبغتها الحصرية والإيجابية :

الفصل 32 يحتوي 5 فقرات تحتوي على أحكام المشاركة والتي يمكن تصنيفها حسب الزمان إلى أفعال مشاركة سابقة للفعل الأصلي (هي الأفعال المؤدية أو المسهلة على ارتكاب الجريمة الأصلية، وقد وردت بالفقرات الثلاثة الأولى من الفصل 32 و هي التحريض والإرشاد وتقديم الوسائل للإعانة) وأفعال مشاركة لاحقة للفعل الأصلي (وردت بالفقرة 4 من الفصل 32 تتمثل في إعانة الفاعل الأصلي على الانتفاع بالجريمة، هنا أورد المشرع مثالا وهو إخفاء المسروق وفي إعانة الفاعل الأصلي على التخلص من عواقب الجريمة) وأفعال مشاركة غير المرتبطة زمنيا بالفاعل الأصلي (وردت بالفقرة الأخيرة من الفصل 32 "..الأشخاص الذين مع العلم بسوء المجرمين الشخص الذي اعتدى إعداد محل للسكنى أو إخفاء أو اجتماع متعاطي جرائم قطع الطريق أو الاعتداء على أمن الدولة أو الاعتداء على أمنها العام أو الأشخاص أو الأملاك مع علمهم بالجريمة " المشاركة هنا شاذة لأنها تكاد أن تكون منعدمة في التطبيق وضيقة جدا.وهذه الشروط تبرر ندرتها في التطبيق، وهي شروط مردها أساسا: الاعتياد، وهو لم يشترط في الفقرات السابقة ونوعية الجريمة الأصلية، هذا الصنف لا ينصرف إلى كل الجرائم وإنما ينصرف إلى جرائم حددها المشرع بوجه خاص و تعدد الفاعلين الأصليين، الإعانة هنا لا تتحقق في شأن فاعل أصلي واحد وإنما تنصرف إلى مجموعة من المجرمين مؤلفة لعصابة أو لوفاق دائم غايتها ارتكاب الجرائم المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة. وفعل الإعانة يتمثل من حيث طبيعته في إعداد محل للسكنى هؤلاء المجرمين أو إخفائهم أو اجتماعهم.).

ب / عقاب المشاركة :

+ استعارة التجريم و العقاب : 33 تتأثر المشاركة بتشديد و تخفيف العقوبة :

الفصل 33 : يكرس استعارة العقاب الذي يمثل نتيجة حتمية استعارة التجريم التي تقوم عليها المشاركة وعمليا، القاضي غير ملزم بالحكم بعقاب متماثل في شأن كل من الفاعل الأصلي والشريك، تفعيلا لأعمال اجتهاده وظروف التخفيف، فإن العقاب المحكوم على الفاعل والشريك قد يكون متفاوتا.

+ استثناءات نظرية إستعارة التجريم :

الفصل 34 يحتوي استثناء جزئي لقاعدة استعارة العقاب الواردة بالفصل السابق، وهذا الاستثناء يتعلق بصور محددة للمشاركة بواسطة إخفاء المسروق إذ تعوض عقوبة الإعدام المقررة للفاعلين الأصليين للجريمة بالسجن بقية العمر بالنسبة لمشاركيهم في إخفاء المسروق ويكون 10 سنوات إذا لم يثبت على المشاركين في إخفاء المسروق علمهم بالأسباب التي انجر عنها الحكم على الفاعلين الأصليين بالإعدام.

الفصل 35 يكرس استثناء كلي لقاعدة استعارة العقاب فيما يتعلق بالمخالفات.

المبحث الثاني : المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية :

1 / تطور الفقه :

أ / الرفض : تيار تقليدي ساد في القرن 19 لا يأخذ بالمسؤولية الجزائية للذات المعنوية.

ب / القبول : تيار حديث منذ بداية القرن 20 يؤيد المسؤولية الجزائية للذات المعنوية.

2 / موقف القانون التونسي :

أ - الموقف التشريعي:

لا يوجد في المجلة الجزائية نص عام يكرس المسؤولية الجزائية للذات المعنوية؛ هذا السكوت تبرره أسباب تاريخية مردها أنه لا يوجد نص بالمجلة الفرنسية (الفصل 122 ثانيا من المجلة الجزائية الفرنسية يكرس صراحة المسؤولية الجزائية للذات المعنوية عن الجرائم التي ترتكب لصالحها من قبل هياكلها أو مسيريها ولا تسأل الدولة جزائيا.)

مع ذلك، فعدم وجود نص عام بالمجلة الجزائية لم يمنع المشرع التونسي من الإقرار بالمسؤولية الجزائية للذات المعنوية صراحة في إطار نصوص تتعلق بجرائم معينة (الفصل 33 من مجلة الصرف والتجارة الخارجية الفصل 412 من المجلة التجارية).

ب - الموقف القضائي:

رفضت محكمة التعقيب في ثمانينات القرن الماضي الرأي الآخذ بالمسؤولية الجزائية للذات المعنوية مقابل اكتفائها بالمسؤولية الجزائية لمسيريها ولا تمتد المسؤولية الجزائية للذات المعنوية نفسها، وكان ذلك صلب قرارين الأول عدد 8435 بتاريخ 29 ديسمبر 1982 في قضية تعرف بالبترول الأزرق، والثاني عدد 4233 بتاريخ 7 جانفي1983 وتعرف بقضية خليج القردة.

لكن محكمة التعقيب غيرت موقفها تماشيا مع "التطور الفقهي والتشريعي" وذلك خلال العشرية الأولى من هذا القرن بموجب القرار الأول عدد 7221 بتاريخ 16 ديسمبر 2004 ثم دعمته بقرار آخر عدد 29254 بتاريخ 5 أوت 2008

إذً فقه القضاء التونسي تبنى الموقف المؤيد للمسؤولية الجزائية للذات المعنوية، وبذلك فإن فقه القضاء يكمل النقص الحاصل على مستوى التشريع.

المحور الثالث : العقوبة :

الجزء الأول : غايات العقوبة :

للعقوبة أغراض متنوعة، فهي من وجهة تقليدية تهدف إلى الردع أولا وإلى العدالة ثانيا؛ وتهدف حديثا إلى الإصلاح.

بالنسبة لغاية الردع –وتسمى أيضا بالترهيب- تسعى العقوبة إلى التخويف والترهيب للحد من الجرائم، فعلى الصعيد الجماعي تحقق العقوبة الردع العام أي تخويف الناس بالأنظار والتهديد الذي تمثله لكل الناس لعواقب ارتكاب الجريمة.أما على الصعيد الفردي فهي تحقق الردع الخاص الذي تمارسه على الفرد نفسه مما قد يجنبه ارتكاب الجريمة مرة أخرى

بالنسبة لغاية العدالة، تهدف العقوبة إلى إقرار العدالة باعتبار العقوبة تمثل جزاء الإثم الذي ارتكبه المجرم فالعقوبة تعيد التوازن الاجتماعي.

بالنسبة لغاية الإصلاح، تهدف العقوبة إلى إصلاح المجرم وهذه الغاية لا تقصي سابقتها بل تفسر توجه القانون الجزائي الحديث وتم الاستغناء على العقوبات التقليدية ذات الطابع الإقصائي.

الجزء الثاني : خصائص العقوبة :

الطابع المؤلم، العقوبة بمختلف أنواعها تحتوي قدرا من الألم الذي يسيرها موجعة.

الطابع المحقر؛ فالعقوبة تحقر من تسلط عليه لأنها تجلب له نبذ وازدراء المجتمع. هذه الخاصية ترتبط بغاية العدالة في نفس الوقت.

الطابع المحدد للعقوبة؛ فالعقوبة محددة تشريعيا عند وضع النص ومحددة قضائيا عند التطبيق.

الطابع النهائي؛ بعد نطق القاضي بالعقوبة واستفاء أوجه الطعن بشأن الحكم بها فإنه يتعين تنفيذها على حالها دون تغييرها مستقبلا،أي إذا أصبح الحكم بات لا يمكن تغييره.

الجزء الثالث : المبادئ الضامنة للعقوبة :

- مبدأ شرعية العقوبة (العقاب لا بد أن يكون منصوص عليه بنص سابق الوضع كما أنه لا مانع قانوني من انطباق النص الأرفق أو الأرحم بالمتهم في صورة إذا ما كان الحكم غير بات)
- مبدأ المساواة في العقاب (كل المواطنون متساوون أمام القانون وبالتالي لا فرق في تطبيق القانون الجزائي إلا أن لهذا المبدأ استثناءات تتعلق بالحصانة والبعثات الدبلوماسية)

- مبدأ شخصية العقوبة (العقاب الشخصي يعاقب مرتكب الفعل ولكن لهذا المبدأ أيضا استثناءات تتعلق بإمكانية أن تكون الدولة مسؤولة عن أفعال موظفيها الشركة كذلك والوالدين بالنسبة للأبناء.).

الجزء الرابع : تصنيف العقوبات :

+ المبحث الأول :تصنيف العقوبات حسب خطورتها :

- العقوبات الجنائية وهي الجنايات؛ تنحصر حاليا في الإعدام والسجن المؤبد والسجن الذي يتجاوز خمسة سنوات والأشغال الشاقة باقية العمر أو لمدة معينة.
- العقوبات الجناحية ؛ هي المحددة لصنف الجنح والمتوسطة من حيث وقعها المؤلم وتشكل السجن من ستة عشرة يوما إلى خمسي سنوات والخطية التي تتجاوز ستين دينار والعمل للمصلحة العامة بالنسبة لبعض الجنح حسب الفصل 15 مكرر من المجلة الجزائية وفي صورة الحكم بالسجن لمدة سنة واحدة، التعويض الجزائي، وذلك في صورة الحكم بالسجن لمدة أقصاها ستة أشهر وباستثناؤ الجنح المعددة بالفصل 15 رابعا.
- العقوبات المخالفاتية: وهي الأقل آلاما من حيث أثرها وتشمل السجن من يوم إلى 15 يوما والخطية في حدود ستين دينارا، العمل لفائدة المصلحة العامة بمدة لا تتجاوز 30 ساعة، التعويض الجزائي.

+ المبحث الثاني : تصنيف العقوبات حسب دورها :

تنقسم إلى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية وعقوبات تبعية.

+ المبحث الثالث : تصنيف العقوبات حسب موضوعها :

يتسلط الأثر المؤلم للعقوبة على محل له مكانة أساسية بالنسبة للشخص تتمثل في جسمه أو حريته أو ذمته المالية؛ وبناءا عليه تنقسم العقوبات حسب الموضوع عقوبات بدنية وعقوبات ماسة من الحرية و عقوبات مالية وعقوبات ماسة من الاعتبار

- **العقوبات البدنية :** هي التي تعيب الجسم بآذاها المباشر :المشرع التونسي الذي تخلى عن عقوبة الضرب والجلد منذ القرن 18 لكن أبقى إلى اليوم على عقوبة الإعدام في صدارة العقوبات الأصلية الواردة بالفصل 5 من المجلة الجزائية وذلك رغم مناهضتها من قبل بعض التيارات.
- **العقوبات المؤثرة على الحرية :**هي التي تمس من الحق في حرية التنقل إما أن تسلبها كليا أو تقيدها وتتمثل العقوبات السالبة للحرية في السجن المؤبد أو المؤقت. أما العقوبات المقيدة أو المضيقة للحرية فهي التي لا تحرم المحكوم عليه كليا من حرية التنقل والحركة، أي تقيدها في حدود ما وقع ارتكابه وتتمثل في النفي –مع الإشارة إلى أن هذه العقوبة ألغاها القانون التونسي بصفة مبدئية (قانون عدد 34 لسنة 64 مؤرخ في 2 جويلية 1964) ثم بصفة تكميلية بالقانون المؤرخ في 3 جوان 2005 وعقوبة منع الإقامة و المراقبة الإدارية: و العمل لفائدة المصلحة العامة وبدون أجر: أضيفت هذه العقوبة إلى العقوبات الأصلية ويصنفها الفقهاء كعقوبة مقيدة للحرية بما

أنها تلزم المحكوم عليه بالعمل للمصلحة العامة مما يجبره على الحضور بمركز ذلك العمل وهذا يقيد من حريته وعقوبة الإقصاء.

- **العقوبات المالية :** هي التي تصيب بأذاها الذمة المالية للمحكوم عليه وهي الخطية والتعويض الجزائي والمصادرة

➢ **الخطية :**

وردت بالفقرة – 1 من الفصل5 لكن المشرع لم يعرفها.

عرفها الفقهاء بأنها إلتزام المحكوم عليه بدفع مبلغ مالي إلى خزينة الدولة تحت عنوان الجزاء الجنائي، وهي تثير ثلاثة ملاحظات أساسية : الملاحظة الأولى تتعلق بكثرة فوائدها وهي تحرز تفضيلا في الفقه مقابل عقوبة السجن .و الملاحظة الثانية تتعلق بضرورة تمييزها عن غيرها من المبالغ المالية التي قد يحكم بها على المجرم مثل الغرامات التعويضية المحكوم بها لفائدة المتضرر من الجريمة جبرا لضرره الشخصي الناجم عنها والخطية الجبائية التي تقبل الصلح مع الإدارات المعنية والملاحظة الثالثة تتعلق بشمولية الخطية، إذ يمكن الحكم بها في المخالفات والجنح والجنايات فالخطية عقوبة أصلية في المخالفات والجنح لكن في الجنايات تتخذ طابع خاص لأنها تصبح عقوبة ملحقة.

➢ **التعويض الجزائي :**

أضيفت هذه العقوبة إلى الفقرة 1 من الفصل الخامس بقانون68 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بإرساء عقوبة التعويض الجزائي وتطوير الآليات البديلة للسجن وبموجب هذا القانون أصبحت هذه العقوبة تحتل المرتبة في الفقرة 1 من الفصل الخامس وتشكل مثل العمل لفائدة المصلحة العامة، عقوبة بديلة للسجن لأنها تستبدله وهي تتمثل حسب الفصل 15 رابعا في تعويض مالي أي مبلغ معين من النقود يلزم المحكوم عليه بأدائه للمتضرر من الجريمة. ومن هنا فإن التعويض الجزائي يمثل رجوع إلى ما كان يعرف بالفدية أوالفدية الخاصة التي كان معمول بها في مرحلة العدالة الخاصة والتي كرسها التشريع الإسلامي مقابل التنازل عن القصاص.

➢ **المصادرة :**

يعرفها الفقه بنقل ملكية المجرم إلى الدولة، وهي عقوبة ناقلة للملكية جوهرها حلول الدولة محل المجرم أو غيره في ملكية مال، وهذا التعريف يحدد خصائص المصادرة باعتباره من ناحية أولى عقوبة مالية تسلط على مكاسب المجرم وتحرمه منها؛ ومن ناحية ثانية هي عقوبة عينية وناقلة للملكية مجانا، وهي في القانون التونسي عقوبة تكميلية.

المصادرة حسب الفصل الخامس تتفرع إلى مصادرة عامة ومصادرة خاصة:

- المصادرة العامة:

وردت بالفقرة 4 من الفقرة –ب بعنوان -مصادرة المكاسب في الصور التي نص عليها القانون

الحكم بالمصادرة العامة التي تختلف عن مجرد تجميد المكاسب أو الائتمان على مكاسب المتهم الفار.

يقتضي الحكم بالمصادرة العامة ثلاثة شروط:

-1 أن يحكم على المتهم بعقوبة أصلية: وهذا ما يفترض ثبوت إدانته من أجل الجرائم المنسوبة له.

-2 أن يقضي النص المجرم تطبيق عقوبة المصادرة

-3 أن يكون موضع المصادرة كل أو بعض المكاسب المنقولة العقارية الراجعة للمحكوم عليه إما منفردا أو مشاعا، بقطع النظر عن قيام صلة بينها وبين الجريمة الحاصلة.

- المصادرة الخاصة:

وردت بالمطة 5 من الفقرة –ب تحت عنوان [-الحجز الخاص] وقد عرفها الفصل 28 "الحجز الخاص هو أن يؤخذ لفائدة خزينة الدولة ما حصل من الجريمة أو الآلات التي استعملت أو التي يمكن استعمالها في الجريمة"وهذا التعريف يسمح بالوقوف على :

+ التمييز بين المصادرة الخاصة والمصادرة العامة والذي يكمن في ثلاثة مستويات أساسية:

-1 أن تكون المكاسب في المصادرة الخاصة على صلة بالجريمة موضوع المحاكمة: فهي إما متأتية من الجريمة أو مستعملة في إتيانها.

-2 تكون المكاسب في المصادرة الخاصة على ملك المجرم أو غيره وليس مثل المصادرة العامة التي تكون فيها المكاسب على ملك الشخص فقط.

-3 تكون المكاسب في المصادرة الخاصة مبدئيا من المنقولات مثلما تدل عليه عبارة "أشياء" التي وردت بالفقرتين الثانية والثالثة، لكن المشرع لم يلتزم بهذا المبدأ بصفة مطلقة وأجاز في بعض النصوص الخاصة مصادرة المكاسب العقارية.

+ النظام القانوني للمصادرة الخاصة فإنها تكون اختيارية أو وجوبية فالاختيارية وردت بالفقرة 2 من الفصل 28 أما المصادرة الوجوبية فوردت بالفقرة 3 من الفصل 28 وهذه الصورة لا تقتضي بالضرورة معاقبة المجرم بل هي ممكنة وواردة حتى في صورة بقائه مجهولا حتى في الوسائل الممنوعة، بحيث أن تلك الأعمال في حد ذاتها جريمة مستقلة.

- **العقوبات الماسة من الاعتبار :**
  - حرمان المحكوم عليه من بعض الحقوق والامتيازات والتصرفات القانونية :
  - الوضع تحت قيد الحجر:

الفصل 30 :يكون حتما تحت قيد الحجر كل محكوم بجناية واحدة.."

-1 نطاق العقوبة الواردة به: فهذه العقوبة لا تهم إلى الجنايات وتحديدا إذا حكم على المجرم بعقوبة أصلية بالسجن مدة تزيد عن 5 سنوات من أجل جناية واحدة.

-2 مدة هذه العقوبة التي تكون مدتها من تاريخ الحكم بالعقوبة الأصلية إلى إتمام مدة عقابه.

3- الأثر القانوني لهذه العقوبة: فهي تؤدي إلى حرمان جزئي للمحجور عليه من أهلية الممارسة وذلك من خلال منعه من التصرف القانوني في مكاسبه وحرمانه من قبض أي مبلغ من مداخيله.لكن يبقى له الحق في ممارسة حقوقه الشخصية كالزواج... وهذه العقوبة توصف حسب معيار الدور بكونها عقوبة تبعية، تتبع العقوبة الأصلية، أي المجرم يجد نفسه بمقتضى القانون تحت قيد الحجر.

➢ التشهير علنا بالمحكوم عليه بواسطة نشر الجريمة :

المطة 8 من الفصل 5 تحت عنوان "نشر بعض مضامين هذه الأحكام"؛ وقد أوضح وأكمل عنوان هذه المطة في الفصل 31 بقوله [على المحكمة في صورة الإذن بنشر أحكام الإدانة أن تحدد المصاريف التي يدفعها المحكوم عليه للغرض]، النشر يحصل على نفقة المحكوم عليه، لكن المشرع لم يوضح بالمجلة بقية الآليات المتعلقة بالنشر وبالرجوع إلى النصوص المجرمة التي تجيز هذه العقوبة يكون النشر إما تعليق أو نشر في الصحف وهذا يعني أن النشر يكون كتابيا.أما بخصوص المدة فإن المحكمة هي التي تحددها.

الجزء الخامس : التطبيق القضائي للعقوبة :

المبحث الأول : تفريد العقوبة :

يعتبر النص التجريمي آلية أولى للتفريد (السجن الفصل 14 الخطية الفصل 16).

الفصل 14 (نقح بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923).

ضبطت بخمسة أعوام أدنى عقوبة السجن في الجرائم التي يعتبرها القانون جناية على معنى الفصل 122 من مجلة الإجراءات الجزائية وبستة عشر يوما في مادة الجنح وبيوم واحد في مادة المخالفات واليوم أربع وعشرون ساعة والشهر ثلاثون يوما.

الفصل 16 –(نقح بالقانون عدد 45 لسنة 2009 مؤرخ في 6 جوان 2005)

لا يمكن أن يقل مقدار الخطية عن دينار واحد في مادة المخالفات ولا عن ستين دينارا في غير ذلك من الصور عدا الحالات المقرّرة بوجه خاص بالقانون.

يمكن للقاضي على ضوء سلطته التقديرية تقرير العقوبة المتعلقة بالجريمة على ضوء النصوص التجريمية التي تجيز الاختيار بين السجن والخطية وعلى ضوء الفصلين 14 و 16 الذي يحددان الحد الأدنى للسجن والخطية في كل نوع من أنواع الجريمة وهذا ما يدل على أن النص التجريمي يعتبر آلية أولى من آليات التفريد.

إضافة إلى ذلك فتفريد العقوبة يكون إما بالتخفيف فيها أو بالتشديد أو بضم العقوبات :

الفصل الأول : التخفيف في العقوبة :

يكون بطريقتين بإتباع سبل التخفيف أو تعليق العقوبة :

- **الطريقة الأولى : سبل التخفيف : أعذار التخفيف :**

نجد فيها أعذارا قانونية و أعذار قضائية :

1 / الأعذار القانونية : محددة حصرا إما عامة كصغر السن بين 13 و 18 سنة حسب الفصل 43 م ج أو خاصة كقتل الأم لمولودها بمجرد ولادته أو الإخبار عن جريمة إرهابية .

الفصل 43 (نقح بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989 وبالقانون عدد 93 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995).

يقع تطبيق القانون الجزائي على المتهمين الذين سنهم أكثر من ثلاثة عشر عاما كاملة وأقل من ثمانية عشر عاما كاملة.

لكن إذا كان العقاب المستوجب هو الإعدام أو السجن بقية العمر يعوض ذلك العقاب بالسجن مدة عشرة أعوام.

وإذا كان العقاب المستوجب هو السجن لمدة معينة تحط مدته إلى النصف على أن لا يتجاوز العقاب المحكوم به الخمسة أعوام.

ولا تطبق العقوبات التكميلية المنصوص عليها بالفصل 5 من هذه المجلة وكذلك قواعد العود.

الفصل 44 (ألغي بالأمر المؤرخ في 30 جوان 1955).

الفصل 45 (ألغي بالأمر المؤرخ في 22 جوان 1950).

الفصل 46

إذا كان سن المتهم غير محققة فالقاضي الذي ينظر في الجريمة المنسوبة إليه هو الذي يقدّر سنّه.

2 / الأعذار القضائية : ظروف التخفيف : الفصل 53 :

اللجوء إليها إختياري و تستوجب التعليل

عن طريق آليتين :

النزول بالعقاب إلى ما دون الأدنى القانوني

النزول بالعقاب درجة أو درجتين في سلم العقاب مع تعذر الجمع بين الآليتين .

+ تأثير ظروف التخفيف على العقوبة الأصلية :

بالنسبة للجنايات : الفقرات 3 و 4 و 6 من الفصل 53.

3) « إذا كان العقاب المستوجب السجن بقية العمر فالحط من مدته لا يكون لأقل من خمسة أعوام » **(نقحت بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989)،**

4) «إذا كان العقاب المستوجب السجن لمدة تساوي عشرة أعوام أو أكثر فالحطّ من مدته لا يكون لأقل من عامين» **(نقحت بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989)،**

5) **(ألغيت بالقانون عدد 34 لسنة 1964 المؤرخ في 2 جويلية 1964)،**

6) «إذا كان العقاب المستوجب السجن مدة تتجاوز خمسة أعوام وتقل عن عشرة فالحط من مدته لا يكون لأقل من ستة أشهر» **(نقحت بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989)،**

بالنسبة للجنح والمخالفات : الفقرات 7 و 8 و 9 و 10 من الفصل 53.

7) «إذا كان العقاب المستوجب السجن مدة خمسة أعوام فما دون فإنه يمكن النزول بالعقاب إلى يوم واحد ويمكن أيضا تعويضه بخطية لا يمكن أن يتجاوز مقدارها ضعف الأقصى المعين للجريمة» **(نقحت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

8) «إذا كان العقاب المستوجب بالسجن فقط فإنه لا يمكن في صورة تعويض السجن بالخطية، أن يتجاوز أقصاها أربعة دنانير في مادة المخالفات وألفي دينار في مادة الجنح».

(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923 ثم نقحت بالأمر المؤرخ في 18 جانفي 1947)،

9) «إذا كان العقاب المستوجب السجن والخطية في آن واحد يمكن الحط من كليهما ولو في المخالفات أو الحكم بأحدهما فقط دون أن يتجاوز مقدار الخطية في هذه الصورة ضعف الأقصى المنصوص عليه

15

للجريمة» **(نقحت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

10) «إذا كان العقاب المستوجب بالخطية فقط فإنه يمكن الحطّ منه إلى دينار واحد مهما كانت المحكمة المتعهدة بالقضية» **(نقحت بالقانون عدد 45 لسنة 2005 المؤرخ في 6 جوان 2005)،**

في صورة العود الفقرة 11 من الفصل 53.

11) «في صورة العود، ترفع أدنى العقوبات المبيّنة آنفا إلى ضعفها» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

+ تأثير ظروف التخفيف على العقوبات التكميلية :

العقوبات الإختيارية يمكن التخلي عنها نظرا لطبيعتها.

العقوبات الوجوبية تبقى حتى بإعتماد التخفيف فهي تزول بزوال العقوبة الأصلية لا بتخفيفها.

- **الطريقة الثانية : تعليق العقوبة :**

1 / تأجيل التنفيذ :

اللجوء إلى تأجيل التنفيذ إختياري يستوجب التعليل وقد رود ذكره في الفقرات من 13 إلى 19 الفصل 53 م ج.

13) «إذا صدر الحكم في جنحة أو إذا صدر الحكم بالسجن في جناية فإذ . ه يمكن للمحكمة في جميع الصور التي لا يمنع فيها القانون أن تأمر بالحكم نفسه مع تعليل قضائها بتأجيل تنفيذ العقوبة إن لم يسبق الحكم على المتهم بالسجن في جناية أو جنحة على أنه لا يمكن منح تأجيل التنفيذ في القضايا الجنائية إلا إذا كانت أدنى العقوبة المحكوم بها مع تطبيق ظروف التخفيف لا تتجاوز عامين سجنا» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923 ثم نقحت بالأمر المؤرخ في 2 مارس 1944)،**

14) « إذا لم يرتكب المحكوم عليه في أجل قدره خمسة أعوام ابتداء من تاريخ الحكم جناية أو جنحة آلت إلى الحكم عليه بالسجن أو بعقوبة أشد منها فالحكم المذكور يعد كأن لم يكن.

أما إذا حصل خلاف ذلك فإن العقوبة الأولى تنفذ بادئ ذي بدء دون ضمها إلى الثانية» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

15) **(ألغيت بالأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 1956)،**

16) «لا يشمل تأجيل تنفيذ العقوبة دفع مصاريف القضية ومقدار غرم الضرر والخطايا المحكوم بها في جرائم الجباية والغابات» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

17) «لا ينسحب تأجيل التنفيذ أيضا على العقوبات الفرعية والتحاجير الناتجة عن الحكم بالعقاب غير أنّ التحاجير يزول مفعولها بزوال مفعول العقاب الأصلي» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

18) «على المحكمة عند القضاء بتأجيل التنفيذ أن تنذر المحكوم عليه بأنه لو حكم عليه من جديد في الظروف المبيّنة آنفا تنفذ عليه العقوبة الأولى وأن العقوبات المقرّرة للعود تسلط عليه» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

19) «الحكم بالإدانة مع إسعاف المحكوم عليه بتأجيل التنفيذ، ولو بالخطية، لا يرسم ببطاقة السوابق العدلية التي تسلم للخصوم إلا إذا حصل خلال مدة خمسة أعوام تتبع عقبه حكم بالإدانة على معنى الفقرة 14 من هذا الفصل» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923).**

أ / شروط تأجيل التنفيذ :

شروط متعلقة بالعقوبة : فقرة 16 و 17 و 18

شروط متعلقة بالمتهم : لم يسبق عليه الحكم بالسجن في جناية أو جنحة

ب / آثار تأجيل التنفيذ :

آثار حينية : التأجيل ل 5 سنوات و ترسيم الحكم بالبطاقة عدد 1 و 2

آثار مستقبلية : إنقضاء العقوبة بمرور 5 سنوات و إن خالف الشروط يقضي العقوبة الأولى ثم الثانية .

2 / السراح الشرطي :

أ / شروط السراح الشرطي :

+ السجن :قضاء نصف المدة أو ثلثها في صورة العود

+ قرار السراح الشرطي : قاضي تنفيذ العقوبات و وزير العدل بعد موافقة لجنة السراح الشرطي:

ب / آثار السراح الشرطي :

+ الأثر الفوري : الإفراج

+ الرجوع في القرار : عند إرتكاب جريمة خلال مدة السراح

يمنح السراح الشرطي حسب الشروط التالية :

-أن يقضي المحكوم عليه جزءا من العقاب أو من كامل العقوبات يساوي:

-1 نصف مدة العقاب أو العقوبات بالنسبة للمحكوم عليه أول مرة على أن لا تصل مدة العقوبة المقضاة 3 أشهر.

-2ثلثي مدة العقاب أو العقوبات بالنسبة للمحكوم عليهم ذوي السوابق العدلية على أن لا تصل مدة العقاب المقضاة 6 أشهر.

-أن تكون مدة الاختبار 15 عاما بالنسبة للمحكوم عليه بالسجن بقية العمر

-يمكن عدم مراعاة الأحكام السابقة في الصور التالية:

-1 إذا بلغ المحكوم عليه 60 عاما كاملة في تاريخ سراحه الشرطي

-2 إذا لم يبلغ 20 سنة كاملة في التاريخ نفسه

-3 إذا كان مصابا بسقوط خطير أو بمرض عضال

(الفصل 353 وما بعده من مجلة الإجراءات الجزائية).

الفصل الثاني : التشديد في العقوبة :

ظروف تشديد خاصة : الإضمار و قتل الفرع للأصل و الفعل جريمة إرهابية .

ظروف تشديد عامة و هي العود : إرتكاب جريمتين يفصل بينهما حكم (الفصول من 47 إلى 52).

- **العود**

1 - شروط العود :

+الفصل 47 : ارتكاب الجريمة خلال مدة الإختبار 5 سنوات من يوم الحكم و 10 سنوات إذا كانت الجريمة الأولى و الثانية تقتضي عقابا يفوق 10 أعوام .

+ الفصل 48 : عدم إشتراط تماثل الجريمتين نظام العود العام و الإستثناء الجؤائم العسكرية

2 - آثار العود :

+ تشديد العقاب : الحد الاقصى ضعف الوارد بالنص التجريمي و الادنى مساويا للعقاب بالنص .

+ حدود تشديد العقاب : لا يؤثر على قواعد الإختصاص الحكمي أو نوعية الجرائم 12 م إ ج و لا يحول دون تطبيق الفصل 53

الفصل 47 (نقح بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989).

يعدّ عائدا كل من يرتكب جريمة بعد عقابه بموجب أخرى قبل أن تمضي خمسة أعوام على قضاء العقاب الأول أو على إسقاطه أو على سقوطه بمرور الزمن القانوني.

ويكون الأجل عشرة أعوام إذا كانت الجريمتان مستوجبتين للعقاب بالسجن لمدة عشرة أعوام فما فوق.

الفصل 48

لا يعتبر في تقدير العود :

أولا : العقوبات المنصوص عليها بالكتاب الثالث من هذه المجلة،

ثانيا: العقوبات المحكوم بها من المحاكم العسكرية ما لم تكن مسببة عن جرائم الحق العام،

ثالثا: العقوبات المستوجبة بسبب الجرائم المنصوص عليها بالفصلين 217 و225 من هذه المجلة وبصفة عامة بسبب الجرائم التي لا شيء فيها يدل على العمد إلا إذا كانت المحاكمة الجارية واقعة على متهم سبق الحكم عليه في جريمة من نوعها.

الفصل 49 (ألغي بالأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 1956).

14

الفصل 50 (نقح بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923).

في صورة العود لا يمكن أن يكون العقاب دون الأقصى المنصوص عليه بالفصل المنطبق على الجريمة الجديدة ولا أكثر من ضعف ذلك المقدار لكن بدون أن يمنع ذلك من اعتماد الفصل 53 عند الاقتضاء.

الفصل 51 (ألغي بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989).

الفصل 52

إذا ارتكب السكر مرة ثانية فالعقاب يكون بأقصى العقوبات المقرّرة بالفصل 317 من هذا القانون.

وتكرّر ارتكاب السكر فيما بعد يوجب العقاب بالسجن مدة ستة أشهر .

الفصل الثالث : ضم العقوبات : التوارد

1 - صور التوارد :

+ التوارد المثالي : رابطة بين الجرائم على أساس وحدة السلوك أو وحدة القصد

+التوارد المادي : إنفصال الجرائم و إستقلالها عن بعضها البعض

2 - جزاء التوارد :

+ جزاء التوارد المثالي : الحكم بالعقاب الأشد و في صورة التساوي العقاب الذي به أكثر عقوبات تكميلية

+ جزاء التوارد المادي : المبدأ عدم الضم و الإستثناء القابلية للضم

3 - حدود التوارد :

+ محجر في العقوبات المالية 57 و في المراقبة الإدارية و منع الإقامة 58 و في الجرائم الإرهابية

+ لا يكون أمام محاكم مختلفة .

الفصل 54

إذا تكون من الفعل الواحد عدة جرائم فالعقاب المقرّر للجريمة التي تستوجب أكبر عقاب هو الذي يقع الحكم به وحده.

16

الفصل 55

الجرائم الواقعة لمقصد واحد ولها ارتباط ببعضها بعضا بحيث يصير مجموعها غير قابل للتجزئة تعتبر جريمة واحدة توجب العقاب المنصوص عليه لأشد جريمة منها.

الفصل 56

كل إنسان ارتكب عدة جرائم متباينة يعاقب لأجل كل واحدة بانفرادها ولا تضم العقوبات لبعضها إلا إذا حكم الحاكم بخلاف ذلك.

الفصل 57

العقوبات المالية لا تضم لبعضها بعضا.

الفصل 58

العقاب بمنع الإقامة وبالمراقبة الإدارية لا يضم بعضه لبعض.

الجزء السادس : إنقضاء العقوبة :

تنقضي العقوبة : بالصلح و التقادم و إسترداد الحقوق و إسقاط المتضرر لحقوقه و الوفاة والعفو العام و الخاص.

العنوان الثالث : القانون التجاري

القانون التّجاري:

- التّجار، الأعمال التّجارية، الأصل التّجاري، الكمبيالة، سند الأمر، الشيك، إنقاذ المؤسّسات التّي تمرّ بصعوبات إقتصاديّة، التّفليس، القواعد الخاصّة ببعض العقود التّجاريّة.
- الشّركات التّجاريّة: أنواع الشّركات، إنحلال الشّركات، إندماج الشركات وإنقسامها تغيير شكلها.
- المبادلات والتّجارة الإلكترونيّة.

العنوان الفرعى 1 : القانون التجاري العام

تعريف القانون التجاري :

القانون التجاري هو جملة القواعد القانونية المنظمة للتجارة.

أما المعنى الدقيق للتجارة فيختلف فيه المفهوم الإقتصادي عن المفهوم القانوني.

المفهوم الإقتصادي للتجارة:

تنقسم القطاعات الإقتصادية إلى ثلاث قطاعات رئيسية: القطاع الفلاحي، القطاع الصناعي، قطاع التجارة و الخدمات، و يضيف البعض قطاعا رابعا يتعلق بالإتصالات. ونلاحظ من خلال هذا التقسيم فصلا بين الصناعي و التاجر.

إلا أن هذا المفهوم يبقى ضيقا مقارنة بالمفهوم القانوني.

المفهوم القانوني للتجارة:

بالرجوع إلى أحكام الفصل 2 من المجلة التجارية يتبين أن التاجر هو كل شخص يحترف أعمال الإنتاج، التداول، المضاربة أو التوسط. و بالتالي فإن أعمال الإنتاج الصناعي تعد من الأعمال التجارية . فالفصل 2 م ت اعتبر صراحة في فقرته الثانية تحويل المواد الاولية و تصنيعها من قبيل التجارة. فالصناعي هو تاجر حسب المفهوم القانوني للتجارة.

مجال التطبيق :

ينص الفصل 1 م ت "تنطبق أحكام هذا القانون على التجار و الأعمال التجارية".

يحدد هذا الفصل نطاق تطبيق القانون التجاري و يبدو أنه إعتمد على نظريتين متكاملتين:

-النظرية الموضوعية : مجال تطبيق القانون التجاري يتوقف على تحديد الانشطة التجارية.

-النظرية الذاتية : القانون التجاري هو القانون المطبق على التجار.

الجزء الأول : الأعمال التجارية

تم تنظيم الأعمال التجارية من الفصل الأول إلى الفصل الرابع من المجلة التجارية.

وتم تعدادها في الفصل الثاني في فقرته الثانية الذي ورد فيه :

الفصل 2

يعد تاجرا كل شخص اتخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط فيما ع دا الحالات المنصوص عليها بالقانون.

ويعد تاجرا بالخصوص كل من يباشر على وجه الاحتراف:

- استخراج المواد الأولية
- صنع المواد المكيفة وتحويلها
- شراء المكاسب مهما كان نوعها وبيعها وتأجيرها
- الانتصاب لحفظ الودائع بالمخازن العمومية أو القيام على إدارتها
- نقل المكاسب والأشخاص برا وبحرا وجوا
- عمليات التأمين البري والبحري والجوي على اختلاف أوضاعها
- عمليات الصرف والمصارف والبورصة
- عمليات توسط العملاء والسمسرة
- استغلال وكالات للقيام بشؤون العموم
- استغلال منشآت الملاهي العمومية
- استغلال منشآت الإشهار والطباعة والأخبار بالأنباء أو الإرشادات ونقلها.

على أنه لا يعتبر تاجرا من كان يحترف الفلاحة إذا كان عمله مقصورا على تحويـ ل محصـ ولات أرضـ ـه وبيعها.

وتنقسم الأعمال التجارية وفق هذا الفصل والفصول الموالية إلى :

الأعمال التجارية بطبيعتها

الأعمال التجارية بالشكل

الأعمال التجارية بالتبعية

الأعمال المختلطة بين المدني والتجاري

الفصل الأول : تصنيف الأعمال التجارية

إن تحديد مفهوم الأعمال التجارية يقوم على تصنيفها.. وينجر عن اعتبار العمل تجاريا إخضاعه لقواعد القانون التجاري بما يختص به من آليات ضامنة للسرعة و السلامة.

و يمكن التمييز بين ثلاثة اصناف يضاف إليها صنف رابع مختلط بين المدني والتجاري :

الأعمال التجارية بطبيعتها:

يستجيب العمل إلى أحد المعاييرالاربعة التي جاء بها الفصل 2 م ت وهي: الإنتاج، التداول، المضاربة، التوسط. و خصوصية هذا الصنف من الأعمال هو كونه يمنح القائم به صفة التاجر إذا مارس العمل على وجه الإحتراف.

الإنتاج - المضاربة - التداول - التوسط

الأعمال التجارية بالشكل: يطلق هذا الوصف على أعمال معينة تكتسي دائما الصبغة التجارية مهما كانت صفة القائم بها ولو كان غير تاجر، و هي تجارية لاستجابتها لمعيار الشكل. وتنحصر هذه الأعمال في:

-الكمبيالة طبقا للفصل 269 م ت

-الشركات التجارية بالشكل أي الشركة خفية الإسم، شركة المقارضة بالأسهم، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، طبقا للفصل 7 م ش ت .

الأعمال التجارية بالتبعية: يتمثل هذا الصنف في اعمال مدنية في الأصل لكنها تكتسي الصبغة التجارية لأن التاجر يقوم بها من اجل احتياجات تجارته، فهي تابعة لنشاط تجاري اصلي. و هذا الترابط يفسر إخضاع العمل المدني لنظام الأعمال التجارية حسب ما قرره الفصل 4 م ت .

الأعمال المدنية:

استثنى القانون التجاري صراحة بعض الانشطة من دائرة النشاط التجاري لتدخل بذلك تحت طائلة الأعمال المدنية وهذا الإقصاء يتعلق أساسا ب:

-النشاط الفلاحي من إنتاج و تحويل و بيع عندما يمارسه الفلاح على منتوجاته الفلاحية الخاصة.(الفصل 2 فقرة اخيرة م ت)
-الحرف أو المهن الصغرى و التي تتعلق بنشاط إنتاج يكون يدويا بالأساس.(قانون عدد 2005-15 المؤرخ في 16 فيفري2005 المنقح لقانون عدد 83-106 المؤرخ في 3 ديسمبر 1983)
- المهن الحرة.
-أعمال الإنتاج الأدبي: كتأليف الكتب و القطع الموسيقية و غيرها من الاعمال الفنية.

الأعمال المختلطة :

سمّيت هذه الأعمال بالمختلطة لكونها تجمع بين طرفين أحدهما تاجر و الآخر غير تاجر.

مثال :

"يعدّ من قبيل الأعمال المختلطة العقد الذي يبرمه مقاول الاشغال الذي له صفة التاجر مع من ليس له هذه الصفة و تعتبر مدنية بالنسبة لأحد الطرفين و تجارية بالنسبة للطرف الآخر"(حكم ابتدائي عدد 953 مؤرخ في 28 جانفي1964 ، م ق ت 1964، ص 40).

المبحث الأول :الأعمال التجارية بطبيعتها:

ينظم الفصل 2 م ت الأعمال التجارية بطبيعتها.

حيث يضبط هذا الفصل المعايير العامة المعتمدة لتكييف هذه الأعمال وهي حصريا أربعة معايير،ثم يحدد قائمة غير حصرية وردت على سبيل الذكر وذلك بإستعمال المشرع لعبارة "بالخصوص "

ويعد تاجرا بالخصوص كل من يباشر على وجه الاحتراف:

كما يعلن الفصل الثاني وجود استثناءات تم إقصاءها من هذا الصنف.

اعتمد الفصل 2 م ت أربعة معايير لاعتبار العمل تجاريا بطبيعته وهي الإنتاج، التداول، المضاربة، التوسط.

وهذه المعايير غير متلازمة بدليل استعمال الفصل لعبارة "أو" بحيث أن توفر أحدها يكون كافيا إلا أن المضاربة أي قصد الربح يبدو معيارا عاما يحكم أي عمل تجاري.

الفقرة الأولى : الإنتاج :

يقصد بالإنتاج عموما كل عمل يقصد منه خلق ثروة أومنتوج.

و يورد الفصل الثاني من المجلة التجارية الأمثلة التالية تطبيقا لمعيار الإنتاج:

-استخراج المواد الأولية: كاستغلال المناجم واستخراج الحجارة من المقاطع

-صنع المواد المكيفة و تحويلها: مثال:صنع الأحذية أو تركيب و تجميع الآلات.

اما التحويل فيقصد به الحصول على مادة معينة انطلاقا من مادة اخرى.

مثال: "إن النّجارة من قبيل الصناعات ذلك لأن عمل النّجارة يتمثل في شراء الخشب و تحويلها الى مصنوعات و بيعها طبق الفصل 2 م ت" (قرا ر تعقيبي عدد 19386 مؤرخ في 19 جانفي 1988).

-استغلال منشآت الملاهي العمومية و منشآت الطباعة و الإشهار و دور النشر ووكالات الأخبار:

الفقرة الثانية : التداول :

يقوم التداول على توزيع وقد يتعلق الامر بتوزيع ملكية هذه الأشياء أو بتوزيع استعمال أو حيازة هذه الأشياء.

يذكر الفصل 2 م ت الامثلة التالية:

- نقل الأشخاص و البضائع مهما كانت الوسيلة (برا، بحرا،جوا).

- شراء الأموال مهما كان نوعها من أجل إعادة بيعها أو تأجيرها: هذا العمل يشتمل على نقل ملكية الشيء او نقل حق استعماله.

- كراء المنقولات و العقارات.

-الإنتصاب لحفظ الودائع بالمخازن و المغازات العامة أو القيام على إدارتها: يتعلق الأمربخزن المواد الاولية أو المصنعة و البضائع و السلع التي يريد الفلاح او الصناعي خزنها. و تمثل هذه العملية تداولا لأنها تسهل تداول البضائع حيث يصدر المودع لديه وصولات تثبت الإيداع من جهة و تصلح لبيع و رهن البضاعة من جهة أخرى.

-عمليات البورصة: تتعلق بتداول الأوراق المالية

-عملية الإستيراد والتصدير

<u>الفقرة الثالثة : المضاربة :</u>

تحصل المضاربة عندما يقوم التاجر بالإستفادة من تقلبات السوق قصد تحقيق الربح.

وردت بالفصل 2 لهذا المعيار بالخصوص الأنشطة المالية المتعلقة بالتأمين و البنك والبورصة:

-عمليات التأمين(البري/البحري/الجوي) : تتحقق المضاربة بحصول شركة التأمين على أقساط دورية من المؤمن له في حين يبقى التعويض احتماليا في صورة تحقق الخطر المؤمن.

إلا أن ممارسة نشاط التأمين في شكل تعاونية قد يطرح تساؤلا حول الصبغة التجارية لهذا النشاط ذلك أن التعاونية لا تبحث عن تحقيق الربح بل تسعى لتمكين المنخرطين من دفع اقل قسط ممكن مع إرجاع الفارق عند عدم تحقق الخطر.

و قد وضح الفصل 55 من مجلة التأمين بأن تعاونية التأمين تكون مدنية إذا توفرت فيها ثلاثة شروط: 1-أن تدفع كامل تعهداتها في صورة تحقق أحد المخاطر

2-أن لا تلجأ لوسطاء مأجورين لاكتتاب عقود التأمين

3-أن توزع فائض المقابيض على منخرطيها.

وفي غياب هذه الشروط يصبح نشاط التعاونية تجاريا.

-عمليات البنك و الصرف و البورصة: تتعلق عملية الصرف بتغيير و تحويل العملة، اما عمليات البنك فتتعلق بإيداع الاموال و منح القروض مقابل فوائض و عمولات تمثل هامش

الربح، اما عمليات البورصة فتتعلق بتداول الاسهم بالبيع و الشراء من قبل الوسطاء باسمهم و لحساب الحرفاء.

-عمليات البيع و الشراء و الكراء: تكون عملية شراء السلع و البضائع تجارية إذا تكررت بنية تحقيق الربح من خلال إعادة بيعها أو تأجيرها وإذا كان الشراء بغرض الإستهلاك فلا تكون تجارية بل مدنية. وإذا كان الشراء أو البيع عملية معزولة غير متكررة فلا تكون تجارية.

هل يكون الشراء غيرالمتبوع بعملية بيع تجاريا؟

إذا تعلق الأمر ببضاعة سريعة التلف فغياب البيع لا ينفي عن الشراء طابعه التجاري فمجرد الشراء بنية البيع كاف و إن لم يتحقق البيع فعليا.

هل يكون البيع بالخسارة تجاريا؟

قد يندرج البيع بالخسارة في إطار الربح السلبي كأن يعمد التاجر إلى بيع البضاعة بتخفيضات حادة تفاديا لخسارة أكبر، و بالتالي فإن العملية تكتسي الصبغة التجارية رغم غياب الربح الإيجابي.

<u>الفقرة الرابعة : التوسط :</u>

يمثل الوسيط حلقة الربط بين المنتج و المستهلك، بين العرض و الطلب.و يقوم بنشاطات الوساطة ثلاثة أصناف من الوسطاء:

وكيل الأعمال

السمسار

العميل.

-وكيل الأعمال : هو من يدير أعمال الغير كوكالة الأسفار التي تقوم بتنظيم السفرات، شركات استخلاص الديون، وكيل التأمين (ف 62 م التأمين)، الوكيل التجاري الذي يقوم بإبرام عقود البيع و الشراء باسم تاجر و لحسابه الخاص

- السمسار: يعرفه الفصل 609 م ت بكونه من يسعى في البحث عن شخص لربط الصلة بينه و بين شخص آخر لعقد اتفاق فهو لا يمثل أي طرف ولا يبرم العقد بل يساعد على إبرامه.

- العميل : يتعاقد العميل مع غيره باسمه الخاص و لكن لحساب موكله. مثال: وسيط النقل (الذي يلتزم باسمه الخاص و لحساب مفوضه نقل اشخاص أو أشياء)، الوسيط في البورصة.

<u>***استثناءات الأعمال التجارية بطبيعتها :</u>**

الإقصاءات نوعان الإقصاءات القانونية والإقصاءات الفقهية وفقه القضائية :

أولا : الإقصاء الوارد بالمجلة التجارية : النشاط الفلاحي:

–أسس إقصاء الفلاحة من النشاط التجاري:

إقصاء الفلاحة يستوجب تحديد الأساس التشريعي للإقصاء / البحث عن مبررات الإقصاء / تحديد المفاهيم.

يقصي الفصل 2 م ت صراحة الفلاحة من النشاط التجاري حيث ينص الفصل 2 فقرة 3 م ت على ما يلي: "على أنه لا يعتبر تاجرا من كان يحترف الفلاحة إذا كان عمله مقصورا على تحويل محصولات ارضه و بيعها"

يشمل النشاط الفلاحي ثلاثة مجالات: الزراعة، تربية الحيوانات و الصيد البحري.

و قد يفسر البعض إقصاء النشاط الفلاحي بعدة أسباب منها :

-نيّة المشرع في حماية الفلاح من الناحية الجبائية بحيث لا يكون خاضعا للباتيندة و الضريبة على الإنتاج و إنما يخضع لنظام تقديري ينظمه القانون عدد 71 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962والمتعلق بالأداء على الإنتاج الفلاحي. ويراعي هذا النظام خصوصية الإنتاج الفلاحي المتقلب حسب الظروف المناخية، ويمنحه عديد الإمتيازات و الإعفاءات الجبائية الرامية للتشجيع على الإستثمار الفلاحي.

-التفريق من الناحية الإقتصادية بين القطاع الفلاحي و قطاع التجارة والخدمات.

-التباين الإجتماعي بين فئة التجار و فئة الفلاحين.

إلا أن كل هذه العناصر لا تنفي إمكانية إخضاع النشاط الفلاحي إلى القانون التجاري.

- حدود الإقصاء:

إن إقصاء الفلاحة من مجال التجارة وقع انتقاده نظرا للتقارب بينهما إذا قام الفلاح بعملية مضاربة أو استعمل وسائل تجارية أو صناعية ،حيث يمكن التقريب بين النشاطين الفلاحي و التجاري باستعمال عدة معايير:

معيار المصدر:

بقراءة عكسية للفصل 2 نستنتج أن الفلاح يعد تاجرا:

- إذا قام بتحويل و بيع محصولات أرض ليست على ملكه الخاص: مثال: الفلاح الذي يستغل أرضا بموجب عقد كراء أو عقد مغارسة.

-إذا قام بتحويل و بيع محصولات اشتراها من الغير. مثال: الفلاح الذي يشتري منتوجات فلاحية من خضر أو غلال ليقوم بتعليبها و بيعها

-إن هذا التأويل العكسي لا يخلو من الصعوبات إذا أضاف الفلاح محصولات اشتراها من الغير إلى محصولات أرضه مما يدعو إلى تطبيق معيار ثان هو المعيار الكمي.

المعيار الكمّي:

قد يقوم الفلاح بإضافة منتوج غيره إلى منتوج أرضه .

اعتمد فقه القضاء الفرنسي في تكييفه لمثل هذه الوضعيات على معيار كمي يقوم على مقارنة نسبة الكمية المشتراة بكمية المنتوج الخاص وإن تطبيقه يضعنا أمام ثلاث فرضيات:

-الكمية المشتراة من الغير أقل من المنتوج الخاص : لا يكون الفلاح تاجرا ، إلا أنه إذا كانت الكمية القليلة المشتراة ضرورية للتحويل كالخمائر لتحويل الحليب الى ياغرت فإن النشاط يتحول غلى تجاري

-الكمية المشتراة من الغير أكثر من المنتوج الخاص: يصبح الفلاح تاجرا

-الكمية المشتراة من الغير على قدر المنتوج الخاص: لا يكون الفلاح تاجرا

غير ان هذا الإجتهاد لا ينطبق على تربية الماشية ذلك ان فقه القضاء اعتبر هذا النشاط مدنيا مهما كان مصدر العلف .

-معيار استعمال الوسائل التجارية و الصناعية:

ينبغي التفريق بين الفلاحة التقليدية التي تعد نشاطا مدنيا و الفلاحة العصرية التي تشبه إلى حد بعيد التجارة من حيث الوسائل المعتمدة.

فالفلاح يعمد إلى الحصول على القروض البنكية وإلى التعامل بالأوراق التجارية من كمبيالات و شيكات،كما أنه يستعمل علامة الصنع و قد يكتري محلا تجاريا لتسويق منتوجاته . و على ذلك الأساس اعتبرت المحكمة الإدارية أن مربي النحل يقوم بعمل تجاري (قرار المحكمة الإدارية المؤرخ في 24 مارس 1983).

وكذلك الشان إذا وقعت ممارسة النشاط الفلاحي في شكل شركات تجارية بالشكل حيث يجيزقانون 6 أوت 1982 للشركات خفية الإسم و للشركات ذات المسؤولية المحدودة الإستثمار في المجال الفلاحي و الصيد البحري.

كما أن الفصل 3 من مجلة الشغل ينص " ولا تعتبر مؤسسات فلاحية بل تعتبر محلات تجارية و صناعية جميع الانواع الآتية و لو كانت في قالب تعاضديات فلاحية:

1)محلات الضمان و القرض

2)مؤسسات الهندسة الريفية

3)الملاحات

4)مؤسسات شق الأرض و الحصاد ودرس الصابة و جمعها و نقلها و حفظها..

5) معاصر الزيت و المواجل و معامل التقطير و معامل الحليب و الجبن و معامل التصبير و بصفة عامة جميع المعامل المعدة لتحويل المنتوجات الفلاحية و لو كانت مضافة لضيعة فلاحية ما عدا المعامل التي لا تشتغل إلا بوسائل الصناعة التقليدية لتحويل المادة الأولية"

وتطبيقا لهذا الفصل فإن التصنيع من شأنه تغيير طبيعة المؤسسة الفلاحية من مدنية إلى تجارية.

ثانيا : الإقصاءات الواردة خارج المجلة التجارية:

***الحرف**

-أسس إقصاء النشاط الحرفي من النشاط التجاري

ينظم القانون عدد 15 المؤرخ في 16 فيفري 2005 نشاطات المهن الصغرى و الصناعات التقليدية و قد جاء لينسخ القانون عدد 106 المؤرخ في 3 ديسمبر 1983 الذي كان ينظم مهنة الحرفي.

و يعتبرالفصل12 من قانون 2005 مهنا صغرى كل نشاطات الإنتاج و التحويل و تقديم خدمات يدوية بالاساس كما تعتبر صناعات تقليدية على معنى الفصل 16 من نفس القانون كل نشاطات الإنتاج و الصيانة والتي تكون يدوية بالاساس.

وتمارس هذه الانشطة اليدوية بصفة أساسية و دائمة وعلى سبيل الإحتراف بهدف تحقيق الربح.

ويتميز الحرفي عن الصناعي بالخصوصيات التالية:

-الطابع اليدوي: يفترض هذا العنصر غياب وسائل الإنتاج الصناعية المتطورة(آلات) فالحرفي يختلف عن الصناعي بكونه يعتمد في ممارسته لنشاطه على مهاراته الفنية (قرار تعقيبي عدد 22 مؤرخ في 4 نوفمبر 1976).

-العدد المحدود لليد العاملة: ينص الفصل 13 من قانون 2005 على أن عدد العمال لا يتجاوز 15 شخصا باستثناء ترخيص خاص.

وباعتماد هذين المعيارين نخلص إلى القول بأن النشاط الحرفي رغم قيامه بالتحويل و البيع بقصد الربح ليس تجاريا لغياب المضاربة على وسائل الإنتاج و على اليد العاملة و هو ما يميزه عن النشاط الصناعي .

كما أن الحرفي غير مطالب بالتسجيل بالسجل التجاري و إنما يقوم بتصريح ضمن قائمة الحرفيين و المؤسسات الحرفية.

- حدود إقصاء الحرف من النشاط التجاري:

اتجه القانون و فقه القضاء إلى التقريب بين صفتي الحرفي و التاجر:

ينطبق قانون 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية على الحرفيين الذين يمكنهم على غرار التجار الإنتفاع بإجراءات التسوية الرضائية القضائية.

ينطبق القانون عدد 77-37 المؤرخ في 25 ماي 1977 و المتعلق بالأكرية ذات الصبغة التجارية ، الصناعية، و الحرفية على الحرفيين الذين يمكنهم التمتع بحق الإيجار أي الحق في التجديد و في غرامة الحرمان في صورة رفض التجديد. إلا أن إستفادة الحرفي بالحق في الإيجار يتوقف على شرط هو ممارسة نشاط تجاري ينضاف إلى ممارسة الحرفة.

مثال: أن يقوم الحلاق ببيع مواد تجميل، أن تقوم الحلاقة بكراء ملابس الأفراح...

وقد تعرض فقه القضاء إلى هذه المسألة في عديد القضايا بخصوص حق الحلاق في التمسك بحق الإيجار و استقر على أنه يتمتع به إذا كان له أصل تجاري و أن ذلك يرتبط بممارسة نشاط تجاري حسب ما يقتضيه الفصل 189 فقرة 1 م ت .(قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 42333 المؤرخ في 13 مارس 1995)

***المهن الحرة**

-أسس الإقصاء من النشاط التجاري

تتعلق المهن الحرة بالأنشطة الفكرية و الأدبية ذات الطابع النبيل و المتعلقة بالمصلحة العامة، و هي غالبا ما تكون منظمة في شكل عمادات مهنية، و لا يتلقى أصحاب المهن الحرة أجرا و إنما أتعابا. مثال:

-المحاماة: ينظمها مرسوم عدد 79 لسنة 2011 مؤرخ في 20 أوت 2011

-الطب: أمر20 أكتوبر 1973 المنظم لأخلاقيات مهنة الأطباء.

-الهندسة: قانون عدد 74-76 مؤرخ في 22 ماي 1974، مجلة الإلتزامات المهنية الصادرة في 4 نوفمبر 1983.

- حدود الإقصاء

توجد عديد الأوجه التي تقرب المهن الحرة من النشاط التجاري من ذلك:

-ممارسة المهنة في شكل شركات مهنية ذات المسؤولية المحدودة.

مثال: الفصول 4-12 من قانون 20 جويلية1998 يمكن المحامين من ممارسة نشاطهم في شكل شركات تجارية.

-قيام المهن الحرة على تواجد الحرفاء

-بعض المهن الحرة تمكن أصحابها من التمتع بحق الإيجار الذي ينظمه قانون 1977 المتعلق بالأكرية التجارية ،

مثال:

1) مؤسسات التعليم الخاص أو الحر: تتمتع هذه المؤسسات بالحق في التجديد بصريح الفصل 2 من قانون 1977. لكن ذلك التوسع من نطاق تطبيق قانون 1977 لا يعني أن نشاط هذه المؤسسات أصبح تجاريا.

و قد أكد فقه القضاء الفرنسي في قرار تعقيبي صادر بتاريخ 3جوان1983 ان نشاط مؤسسات التعليم الخاص له طابع مدني، أما خدمات المطعم المتواجدة بها فهي تابعة للنشاط الأساسي المدني تطبيقا للمبدأ العام" التابع يتبع الأصل".

أما فقه القضاء التونسي فقد اختلف بخصوص الإقرار بالحق في التجديد لصالح محاضن الأطفال . ففي قرار محكمة التعقيب عدد 21318 المؤرخ في 7 سبتمبر 1982 اشترطت المحكمة أن تمارس روضة الأطفال نشاط التحضير إلى التعليم الاساسي.

وفي قرار محكمة التعقيب المؤرخ في 26 جانفي 2001 أقرت المحكمة المحكمة حق التجديد للحضانة المدرسية قياسا على مؤسسات التعليم باعتبار أن الفصل 2 من قانون 1977 جاء عاما.

2)الصيدليات

3)المشفى الخاص: يجب التفريق بين المؤسسة التي تضارب على المعدات الطبية و على الإطار الطبي و بالتالي هي تجارية على خلاف الأطباء و الممرضين الذين يتعاطون مهنة حرة.

4) منشآت استغلال الملاهي العمومية و الإشهار و الطباعة و الأخبار : تقوم هذه المنشآت بتوزيع منتجات أدبية فهي تقوم بأعمال مضاربة و تداول على منتوج الغير على عكس صاحب العمل الفكري و الأدبي(صحفي، مؤلف المقطوعة الموسيقية أو الكتاب) الذي ليس له صفة التاجر و لو قصد من عمله تحقيق الربح.

المبحث الثاني: الأعمال التجارية بالتبعية

ينص الفصل 4 م ت "تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الافعال و الأعمال القانونية التابعة لممارسة التجارة . و تعتبر جميع الافعال و الأعمال التي يقوم بها التاجر كما سبق تعريفه بالفصل 2 تابعة لممارسة التجارة ما لم تقم الحجة على خلافه"

يقوم هذا الصنف من الأعمال التجارية على المبدأ القانوني العام "الفرع يتبع الأصل ".

و تكمن الإختلاف بين العمل التجاري بطبيعته عن العمل التجاري بالتبعية في ما يلي:

-في العمل التجاري بطبيعته تنتقل الصفة التجارية من العمل الذي تم القيام به باحتراف إلى شخص القائم به.

-في العمل التجاري بالتبعية تنزل الصفة التجارية من الشخص الذي يحترف التجارة إلى العمل المتصل بتجارته.

<u>شروط تطبيق نظرية التبعية :</u>

الشرط الأول :صفة التاجر

الشرط الثاني :علاقة الأعمال و الوقائع المدنية بالنشاط التجاري.

+ أمثلة لأعمال قانونية مرتبطة بالنشاط التجاري:

شراء أو كراء أدوات عمل- عقود التأمين على سلامة المحل من مخاطر الحريق و السرقة- عقد التأمين على السيارة التجارية المعدة لتوزيع المنتوجات - التوكيلات الضرورية لممارسة التجارة-

إذا كانت الكفالة بمقابل واتصلت بمعاملة تجارية فتكون تجارية . و قد نص الفصل 1493 م ا ع على أن " ما يقع بين التجار في المعاملات التجارية فيجري على عرفهم"

وبالتالي أمكن القول أن الكفالة تكون عملا تجاريا بالتبعية كلما كانت العلاقة بين تاجرين مما يقصي عنها الطابع التجاري في العقود المختلطة.

كما يعتبرعقد الرهن عملا تجاريا بالتبعية إذا وقع رهن الشيء لضمان دين تجاري. فالرهن عملية معزولة لا تمثل عملا تجاريا بطبيعته و إن كان فيه تداول.

مثال: رهن الاصل التجاري لضمان الديون المتعلقة باستغلاله.

على أنه لا بد من التنبيه إلى أن القانون عدد 19 لسنة 2001 المتعلق برهن معدات وأدوات التجهيز قد اعتبر في الفصل 11 منه هذه الرهون عقودا تجارية لفائدة البائعين بالتقسيط أو المؤسسات التي تمول شراء أدوات التجهيز المهني، و بالتالي فإن هذا النوع من الرهون يعد عملا تجاريا بالشكل.

<u>آثار تطبيق مبدأ التبعية:</u>

<u>*قرينة التبعية</u>

ينشأ عن الترابط بين العمل و التجارة قرينة التبعية بمعنى أن من يتعامل مع التاجر ليس مطالبا بإثبات الصبغة التجارية للعمل أو الفعل التبعي، إلا أنها قرينة قانونية بسيطة تقبل الدحض بإثبات العكس .

فإذا أراد التاجر دحضها يكفي أن يثبت ان العمل أو الفعل إتصل بحياته الخاصة و ليس بتجارته.

مثال: يقوم التاجر بعمل يهم حياته الخاصة إذا اشترى منزلا ليجعل منه مقر سكناه أو اشترى مواد غذائية لاستهلاكه الشخصي ، و كذلك الأعمال التي يقوم بها على سبيل التبرع أو الهبة.

<u>*نظام الإثبات و فصل النزاعات</u>

ينجر عن تطبيق قرينة التبعية توحيد النظام القانوني بين النشاط التجاري و ما يتصل به من أعمال و أفعال و ذلك على مستوى الاثبات من جهة و فصل النزاعات من جهة اخرى.

و تبرز أهمية قرينة التبعية في مستوى إثبات الاعمال التبعية حيث ان هذه الاعمال التي هي في الاصل مدنية من المفروض ان تخضع طبق القانون المدني الى وجوبية الكتب كلما فاقت قيمة الالتزام 1000د. و بتطبيق مبدا التبعية تصبح خاضعة لمبدأ حرية الاثبات شان الاعمال التجارية بطبيعتها . اما بالنسبة للافعال فلا يتغير شيء من اخضاعها للقانون التجاري ذلك انها تخضع حتى في القانون المدني الى مبدا حرية الاثبات.

اما بخصوص فصل النزاع فتختص الغرف التجارية بالمحاكم الابتدائية بالنظر في الاعمال التجارية بالتبعية (سواء تعلق الأمر بأعمال قانونية أو بوقائع كالمنافسة غير النزيهة) حيث ينص الفصل 40 جديد م م م ت على أنه " تعتبر دعاوى تجارية الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم".

المبحث الثالث: الأعمال التجارية بالشكل

هي الأعمال التي تكون دائما تجارية حتى و إن كانت منعزلة. و هي تجارية بالنظر إلى شكلها و بقطع النظر عن صفة القائم بها. و تتمتع هذه الاعمال بقرينة مطلقة على كونها تجارية

و هي تختلف عن الأعمال التجارية بطبيعتها في النقاط التالية:

- لا تمنح صفة التاجر للقائم بها و لو بصفة متكررة.

-لا تخضع لمعايير عامة بل هي ثلاث حالات واردة على سبيل الحصر لا الذكر فلا تحتمل القياس عليها لحالات أخرى مشابهة.

و تنحصر الأعمال التجارية بالشكل في:

1)الكمبيالة (ف 269 م ت) :سيقع التطرق لها في محور خاص بها في إطار الأوراق التجارية

2)الشركات التجارية بالشكل(ف 7 م ش ت، ف 48 م ش ت)

ينص الفصل 7 من مجلة الشركات التجارية" تعد تجارية من حيث الشكل و مهما كان موضوعها شركات المقارضة بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة و الشركات خفية الإسم"

كما ينص الفصل 150 م ش ت " إن شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة هي شركة تجارية من حيث الشكل بقطع النظر عن موضوعها".

و بناء على هذه الفصول تنقسم الشركات التجارية بالشكل إلى نوعين:

-شركات الأموال: و هي الشركة خفية الإسم و شركة المقارضة بالأسهم

-الشركات ذات المسؤولية المحدودة: سواء كانت متعددة الأشخاص أو ذات الشخص الواحد.

3)رهن المعدات و الأدوات المهنية :

القانون عدد 19 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 و المتعلق برهن الأدوات ومعدات التجهيز المهنية.(الرائد الرسمي عدد 12 المؤرخ في 9 فيفري 2001)،

ينص الفصل الأول - "يجوز تكوين رهن ضمانا لثمن أدوات ومعدات تجهيز مهنية على أساس البيع بأجل لأداء الثمن ويثبت الرهن للدائن سواء كان بائع الأدوات والمعدات أو مؤسسة بنكية أو مالية تولت دفع ثمن الأشياء إلى البائع."

و يضيف الفصل 11 "تعتبر عقود الرهن المبرمة وفق أحكام هذا القانون عقودا تجارية وتعتبر القضايا المتعلقة بها دعاوى تجارية".

يتبين من خلال هذا القانون أن المدين، سواء كان تاجرا أم لا ، قد يحتاج إلى ضمان لدفع ثمن معدات التجهيز المهنية التي يشتريها بالتقسيط ، و لهذا الغرض بإمكانه أن يبرم رهنا على تلك المعدات لفائدة البائعين بالتقسيط أو المؤسسات التي تمول شراء تلك الأدوات .

و قد اعتبر القانون أن هذه الأعمال تجارية أي مهما كانت صفة الاشخاص القائمين بها .

المبحث الرابع : الأعمال المختلطة :

هي الأعمال التي تبرم بين التاجر والمستهلك

وتسمى مختلطة لأنها تقوم بين طرف تجاري وطرف مدني

وتخضع من حيث الإثبات إلى قواعد القانون المدني بالنسبة للمستهلك المدني وقاعد القانون التجاري بالنسبة للمحترف التجاري.

ومن حيث الإختصاص فإنه ينعقد للمحكمة المدنية وليس للدائرة التجارية نظرا لأن النزاع ليس بين تاجرين وليس نزاعا تجاريا صرفا.

الجزء الثاني : خصوصيات القانون التجاري

نظام الإثبات:

1) نظام إثبات الأعمال التجارية بين التجار :مبدأ حرية الإثبات

مبدأ حرية الإثبات:

وقع تكريس مبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية واكده فقه القضاء في عديد القرارات من ذلك القرار التعقيبي عدد 2597 المؤرخ في 7 جويلية 2004 و يقوم مبدأ حرية الاثبات على أسسين اثنين:

أولا.**الفصل 478 م إع** ثانيا.**الفصل 598 م ت (المجلة التجارية**.

حدود المبدأ:

1) يقتصر تطبيق هذا المبدأ على العلاقة التي يكون جميع أطرافها تجارا و يستبعد إذا تعلق الامر بعقد مختلط

2) إن مبدأ رضائية العقود التجارية يحتمل بعض الإستثناءات التي يفرض فيها القانون التجاري شكلية الكتب لصحة بعض التصرفات القانونية .

و يذكر بالخصوص عقد الشركة والشكليات المحيطة بالكمبيالة و جميع العقود المتعلقة بالأصل التجاري من بيع و كراء و رهن ومساهمة .

3/ نظام إثبات الأعمال المختلطة:

لا تخضع الاعمال المختلطة من حيث قواعد الاثبات الى نظام متجانس حيث ان تحديد القواعد الواجب تطبيقها يتوقف على صفة المدعى عليه الذي يقع ضده الاثبات.

فصل النزاعات:

إن فصل النزاعات في المادة التجارية يخضع الى بعض القواعد الخاصة المتعلقة باختصاص الدوائر التجارية من جهة، و امكانية اللجوء الى التحكيم من جهة اخرى.

1) اختصاص الدوائر التجارية:

أقر الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية المنقح بمقتضى قانون 2 ماي 1995 إنشاء دوائر تجارية صلب المحاكم الابتدائية تختص بالنظر في الدعاوى التجارية.و المقصود بالدعاوي التجارية النزاعات التي يكون كل أطرافها تجارا و من أجل نشاطهم التجاري.

فلا يخضع لاختصاصها النزاع المتعلق بعقد مختلط باعتبار ان احد اطرافه غير تاجر، و كذلك النزاع الذي يكون موضوعه عمل غير تجاري. فاذا عرض على الدوائر التجارية نزاع خارج عن اختصاصها عليها ان تقضي بعدم اختصاصها.

- تركيبة الدوائر التجارية:

تتكون الدوائر التجارية من رئيس و قاضيين و عضوين تاجرين كلما تعلق النزاع بتفليس او تصفية شركة او انقاذ مؤسسة تمر بصعوبات اقتصادية او استئناف حكم صادر في المادة التجارية عن محاكم الناحية.

ويقع اختيار التجار من ضمن قائمة رسمية للتجار الاكثر تمثيلا في كل قطاع تضبطها وزارة الصناعة و التجارة، الا ان دورهم في القضاء ليس سوى دور استشاري.

وتتكون من رئيس وتاجرين في النزاعات المتعلقة بلتجار فيما بينهم .

-اجراءات الفصل في النزاع: تتميز الاجراءات بامكانية اللجوء الى الصلح. كما ان القضاة يمكنهم تطبيق قواعد قانونية غير مكتوبة تتمثل اساسا في العرف التجاري و قواعد الانصاف.

2) التحكيم :

يمثل التحكيم قضاء خاصا يلجأ إليه التجار خاصة في النزاعات الدولية . و يقوم الاطراف بتعيين محكم او هيئة تحكيمية إما بصفة سابقة لنشأة النزاع بمقتضى شرط تحكيمي، أو بصفة لاحقة له بمقتضى اتفاقية تحكيم. و يتمتع المحكم بسلطة واسعة في الاستقصاء لكن يبقى ملزما باحترام المبادئ العامة للاجراءات كاحترام حق الدفاع و المساواة بين الاطراف.

وتصدر هيئة التحكيم رأيا تحكيميا يجب إكساؤه الصيغة التنفيذية حتى يصبح قابلا للتنفيذ و ملزما للطرفين. ولا يكون الرأي قابلا للإستئناف و إنما يقبل الإلغاء.

آجال التقادم:

التقادم هو انقضاء الالتزام بمرور الزمن و هو يترتب عن تقاعس الدائن عن المطالبة بحقوقه طوال مدة محددة قانونا.

آجال التقادم مختصرة تماشيا مع سرعة المعاملات و ضرورة ضمان استقرارها حيث تسقط دعوى رجوع حامل الشيك على المظهرين و الساحب في مادة الشيك بمضي 6 أشهر من تاريخ انقضاء اجل العرض(ف 389 م ت)

كما تسقط دعوى أرباب المصانع في المطالبة بثمن ما سلموه من بضائع بمضي 365 يوما، و كذلك دعاوى الوسطاء و من يحترفون كراء الأثاث و المنقولات.

كما ينص قانون الشركات على أجل ثلاث سنوات بخصوص دعوى المسؤولية ضد الوكلاء و الشركاء المتسببين في بطلان الشركة.(ف106 م ش) .

قرينة التضامن بين المدينين:

تنجر قاعدة التضامن من أحكام الفصل 175 م إ ع الذي ينص"يحصل التضامن قانونا فيما يلتزم به التجار لبعضهم في نازلة تجارية إلا إذا صرح العقد أو القانون بخلافه".

والتضامن المقصود بهذا الفصل هو التضامن السلبي الذي ينشأ بين مجموعة من المدينين حين يكونون مطالبين بأداء دين مشترك بينهم إزاء دائن معين.

مثال: في الكمبيالة يكون الإلتزام تجاريا فيكون كل واحد من الممضين مدينا شخصيا بأداء كامل مبلغ الكمبيالة للحامل.

الجزء الثالث : التاجر

شروط إكتساب صفة التاجر :

الشرط الأول: ممارسة عمل تجاري بطبيعتها :

ينبغي التمييز بين التاجر كشخص طبيعي و التاجر كشخص معنوي:

-التاجر كشخص طبيعي:

لا يكتسب صفة التاجر إلا إذا مارس عملا تجاريا بطبيعته بصفة محترفة (ف 2 م ت)

و بالتالي فهو لا يكتسب تلك الصفة بممارسة غيرها من الأعمال التجارية أي :

-الأعمال التجارية بالتبعية التي هي في الأصل مدنية، تفترض تواجد صفة التاجر مسبقا فالعمل التبعي يكتسب صبغته التجارية من صفة الشخص القائم به .

-الأعمال التجارية بالشكل:(الكمبيالة و الشركات التجارية بالشكل) لا تمنح صفة التاجر لمن يقوم بها و لو بصفة متكررة. فلا بد أن يكون نشاط الشركة تجاريا .

-التاجر كشخص معنوي:

يجب التمييز بين صنفين من الشركات التجارية:

° **الشركات التجارية بالشكل:** وهي ثلاثة أصناف: الشركة خفية الإسم، شركة المقارضة بالأسهم، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، هذه الشركات تتمتع بقرينة قانونية على صبغتها التجارية إلا ان الشركاء ليست لهم صفة التاجرو يتحملون مسؤولية محدودة .

°**الشركات التجارية بالنشاط:** تنحصر في شركات الأشخاص وهي ثلاثة أصناف: شركة المفاوضة، شركة المقارضة البسيطة و شركة المحاصة. و يكون للشركاء صفة التاجر ويتحملون مسؤولية غير محدودة و بالتضامن .

الشرط الثاني : الإحتراف:

يقوم الإحتراف على ثلاث عناصر:

1-العنصر المادي: و يتمثل في التكرارفي ممارسة العمل.

2-العنصر النفساني أو القصدي: يكون الشخص تاجرا محترفاعندما يمارس العمل التجاري ليجعل منه نشاطه الأساسي بنية تحقيق الربح. و تبرزنية التصرف كمحترف من خلال تنظيم النشاط في شكل مؤسسة أو مشروع و تخصيص محل للتعامل مع الحرفاء فيكون النشاط مستقرا و واضحا للغير.

3-العنصر القانوني: يتوفر العنصر القانوني عندما يفي التاجر بالإلتزامات المحمولة عليه قانونا و تتمثل بالأساس في التسجيل بالسجل التجاري و مسك الحسابات .

الشرط الثالث: الإستقلالية

يقصد بالإستقلالية تحمل التاجر لمخاطر النشاط فلا يكون مستقلا إلا من يمارس العمل التجاري بطبيعته باسمه و لحسابه الخاص فيكون مسؤولاشخصيا عن ديون تلك التجارة.

و لا يتوفر هذا الشرط في من يمارس التجارة بصفته أجيرا أو وكيلا لأنه يتصرف باسم و لحساب الغير.

حدود اكتساب صفة التاجر

أولا : الأهلية :

ينص الفصل 5 م ت "كل شخص أهل للإلتزام يجوز له أن يتعاطى التجارة"

حدد سن الرشد في المادة المدنية ب 18. أما في المادة التجارية فيجوز للقاصر ممارسة التجارة إذا تم ترشيده و الترشيد نوعان: -ترشيد قضائي - ترشيد بالزواج

ثانيا : الحدود القانونية :

1-عدم التلاؤم في الصفة القانونية:

إن صفة التاجر لا تتوافق مع بعض المهن:

- المهن الحرة : يمنع القانون الأساسي المنظم لبعض المهن كمهنة المحاماة، عدول الإشهاد و التنفيذ، المهندسين، وغيرهم من المهنيين من ممارسة التجارة والهدف من ذلك المنع هو ضمان شرف المهنة القائمة على فكرة المصلحة العامة وليس الربح.

- الوظيفة العمومية: لايكتسب الموظف العمومي و لو كان تابعا لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري أو تابعا لديوان أو لشركة تملك الدولة حصة في رأس مالها ، صفة التاجر. الغرض من هذا الحظر هو منع التداخل في المصالح وضمان استمرارية المرفق العام.

- الإجارة: يكون الأجيرتابعا لصاحب العمل و هو مطلوب للامتثال لتعليماته و هذه العلاقة التبعية تتنافى مع صفة التاجر الذي يجب أن يتصف بالإستقلالية.

- الوكالة: يتصرف الوكيل باسم ولحساب الغير و لا يتحمل مخاطر للتجارة وهو بذلك لا يتصفبالإستقلالية.

2-الأنشطةالمنظمة:

إن مبدأ حرية التجارة والصناعة تطرأ عليه بعض القيود بسبب تدخل الدولة في احتكار بعض الأنشطة أو منعها أو إخضاع ممارستها لإذن مسبق.

- الأنشطة المخصصة للدولة:

الدولة تحتكر استيراد وتوزيع وتصدير وتسويق منتجات معينة مثل الكهرباء والوقود والغاز.و يجوز للدولة أن تفوض احتكارها لمؤسسة عمومية مستقلة.
- **الأنشطة المحظورة:**لا يجوز للتاجر أن يمارس نشاطه إلا فيما هو قابل للتعامل و يكون خارجا عن التعامل مثلا الملك العمومي، وجسم الإنسان.. كما يمنع كل نشاط يتعارض مع مقتضيات النظام العام والأخلاق الحميدة كتجارة المخدرات.
- **الأنشطة الخاضعة للترخيص:** لا يتم تنفيذ بعض الأنشطة إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق من الجهات الرسمية أو الأتجابة لكرا س شروط و ذلك لضمان احترام المواصفات.
مثال : ممارسة الأعمال المصرفية والنقل والتأمين و وكالات الأسفار.

ثالثا: الحدود الإتفاقية :

تتمثل القيود التعاقدية في البنود التي يدرجها الاطراف في عقود البيع لمنع المنافسة مثال:
البنود التي يمكن إدراجها في عقد بيع الأصول التجارية ويمنع على البائع بمقتضاها من ممارسة الأعمال التجارية المماثلة لجلب الزبائن. ولكن هذه القيود الإتفاقية لا تكون صحيحة إلا إذا كانت محدودة في الزمان والمكان ونوع النشاط.

العنوان الفرعي 2 : الأصل التجاري

ضبط بالفصول من 189 إلى 268 من المجلة التجارية

مكونات الأصل التجاري :

العناصر المقصاة : الأشخاص كالعمال / الديون / العقار

العناصر المكونة :

عناصر مادية : المعدات و الآلات (ليست للبيع) و السلع (معدة للبيع) .

لا بد من تمييز ثمنهما عند بيع الأصل التجاري كل على حدة 205 م ت و الرهن يشمل المعدات دون السلع 277 م ت .

عناصر معنوية :

- عناصر إجبارية : 189 ف 2 الحرفاء و السمعة التجارية إذ ترتبط السمعة التجارية بموقع الأصل التجاري أما الحرفاء فيرتبطون بالتاجر .
- عناصر إختيارية : تتمثل في براءات الإختراع و الأشكال و النماذج و حقوق الملكية الفكرية و الأدبية و الصناعية و الإسم التجاري و الحق في الإجارة .

الحق في تجديد الكراء :

القانون عدد 37 في 25 ماي 1977

شروطه :

1 / محل مستأجر : عقار أو محل ما يفترض وجود الحرفاء و السمعة التجارية . كما يسمح القانون بتجديد المحل التابع للمحل الأصلي إذا كان ضروريا .

2 / المتسوغ قد يكون تاجرا أو حرفيا أو صناعيا .

3 / مدة التسويغ : طيلة عامين متاتليين : عقد تسويغ

4 / عقد التسويغ أو الكراء يفترض أن يكون صحيحا

تجديد الكراء :

شروط التجديد : المحل ليس مهملا و مستغل ما يفترض توفر الحرفاء و السمعة التجارية

إجراءات التجديد : الفصل 5 يقدم المطلب في 6 أشهر السالفة لإنتهاء الكراء عن طريق عدل منفذ وفق الصيغ القانونية و يعد السكوت قبولا .

-رفض التجديد الموجه من المالك:

لا بد ان يوجه المالك التنبيه برفض التجديد عن طريق عدل منفذ

- الأجل: لا بد ان يقع توجيه التنبيه قبل ستة أشهر من انقضاء العقد
- المحتوى: يجب ان يشتمل التنبيه وجوبا على عبارات الفصل 27 من قانون 1977 الذي يمنح المتسوغ اجل قيام لدى القضاء لا يتجاوز 3 اشهر من توجيه الاعلام قصد المطالبة بحقوقه في غرامة الحرمان. و هو اجل سقوط لا تقبل بعد ذلك مطالب المتسوغ شكلا و لو كان له حق في الغرامة.
- السبب: يعتبر سبب رفض التجديد مهما بالنسبة للمتسوغ لانه يحدد حقه في الغرامة.

آثار رفض التجديد:

يتمثل الاثر الرئيسي لرفض التجديد في دفع المالك غرامة الحرمان لفائدة المتسوغ الذي يتمتع بالحق في البقاء في المكان حتى يقع دفع الغرامة. الا ان القانون ربط هذا الاثر بسبب رفض التجديد فتوجد حالات تؤدي للاعفاء من الغرامة و حالات تؤدي الى تسقيفها و اخرى الى دفعها كاملة.

أ-حالات الاعفاء من دفع الغرامة: ينص عليها الفصل 8 من قانون 1977

أولا: خطأ المتسوغ:

ثانيا: المحل الآيل للسقوط:

<u>حالات تسقيف الغرامة</u>

تتمثل هذه الحالات في امكانية استرداد المالك للمحل لأسباب حددها القانون و رتب في شانها دفع غرامة تعويضية حدد مبلغها الأقصى و هي التالية:

اولا: استرداد المحل لغرض السكنى: مبلغ الغرامة لا يفوق قيمة 5 سنوات كراء : الفصل 13

ثانيا:استرداد المحل لأعادة بنائه: مبلغ الغرامة لا يفوق قيمة 4 سنوات كراء : الفصل 9

ثالثا: استرداد المحل لتعليته: مبلغ الغرامة لا يفوق قيمة 3 سنوات كراء :

<u>حالات دفع الغرامة كاملة:</u>

من حق المؤجر بصفته مالكا ان يرفض التجديد فان لم يكن مستندا لاحد الاسباب المؤدية الى الاعفاء او الى حالات الاسترداد فان المالك يكون مطالبا بدفع الغرامة كاملة و هي حسب الفصل7 فقرة 3 من قانون 1977 تشمل خصوصا القيمة الشرائية للاصل حسب الاعراف التجارية، مصاريف الانتقال و مصاريف التسجيل . و يقوم القاضي بتعيين خبير لتقدير قيمة الاصل و يستعين بعنصر موضوعي هو قيمة الارباح التي وقع تحقيقها طيلة الثلاث سنوات الاخيرة.

الا انه قد تنحصر قيمة الغرامة في مصاريف الانتقال الى مكان آخر اذا ثبت ان تغيير الموقع ليس من شأنه فقدان التاجر لحرفائه.

<u>الحق في التراجع في قرار رفض التجديد:</u>

اذا تبين للمالك ان قيمة الغرامة المحكوم بها مرتفعة فانه بامكانه التراجع في قرار رفض التجديد للتفصي من دفع الغرامة و ذلك بشرطين:

- الاجل: التراجع في اجل لا يتجاوز 15 يوم من تاريخ صيرورة الحكم بالغرامة نهائيا
- ان لا يكون المستأجر قد غادر المحل او اشترى او استأجر محلا آخر.

<u>بيع الأصل التجاري :</u>

<u>1 / الشروط :</u>

شروط أصلية : الفصل 2 من م إ ع

شروط شكلية : 190 م ت : الكتب شرط صحة خطي محرر بواسطة محامي مباشر غير متمرن مرسم أو كتب رسمي يحرره مأمور عمومي / الإشهار بالرائد الرسمي و بجريدتين يوميتين خلال 15 يوما من تاريخ إبرام عقد البيع .

2 / الآثار :

تجاه الطرفين : إنتقال الملكية / إلتزام البائع : التسليم و الضمان / إلتزام المشتري : دفع الثمن و التحوز بالأصل .

تجاه دائني البائع : يكرس القانون حقين :

الإعتراض : 20 يوما من تاريخ الإشهار بالرائد الرسمي .

الزيادة بمقدار السدس : في أجل 10 أيام من إنقضاء أجل المعارضة إذا كان ثمن البيع بالتراضي

كراء الأصل التجاري :

الفصول 229 إلى 232 المجلة التجارية

1 / الشروط :

شروط أصلية : الفصل 2 م أ ع

شروط شكلية : عقد كتب يحرره محامي مرسم 189 مكرر م ت / الإشهار : 15 يوما من تاريخ إبرامه بالرائد الرسمي و جريدتين يوميتين .

2 / الآثار :

تجاه الطرفين : دفع معلوم الكراء / يكتسب المكتري صفة التاجر

تجاه الغير : لدائني المؤجر طلب الحلول الفوري للدين المتعلق بإستغلال الأصل التجاري في أجل 3 أشهر من تاريخ إشهار العقد .

رهن الأصل التجاري :

1 / الشروط :

شروط أصلية : 2 م إ ع و 237 م ت

شروط شكلية : 238 عقد رسمي أو خطي يحرره محامي مرسم 189 مكرر / الإشهار يقيد بكتابة المحكمة في أجل شهر

2 / الآثار :

تجاه الدائنين المرتهنين : حق الأفضلية (إجراء البيع الجبري) و حق التتبع (التنفيذ في يد الغير)

تجاه الدائن : إعلام جميع الدائنين المرسمين حول إعتزامه القيام بفسخ عقد الإيجار .

العنوان الفرعي 3 : الشركات التجارية

المحور الأول : نشأة الشركة :

عقد الشركة :

شروط عامة : الفصل 2 م إ ع

شروط خاصة :

تجميع المساهمات : مناب كل شريك : 19 م ت موضوع المساهمة قد يكون نقدا أو عينا أو عملا مع الملاحظة أن المساهمة بعمل لا تدخل في تركيبة رأس المال .الفصل 5 م ش ت

التشارك في نتائج الإستثمار : في الأرباح و الخسائر كل حسب منابه 1300 و ما بعده م إ ع و الإنتفاع بما قد يحصل من إقتصاد 2 م ش ت .

نية الإشتراك : ما يميزها عن الشركة الوهمية و يميز الشريك عن العامل .

شكليات التأسيس و الإشهار :

محتوى الشكليات :

الكتب : كتب خطي أو حجة رسمية : يستجيب لتنصيصات الفصل 9 م ش ت و هو وسيلة إثبات بين الشركاء .

التسجيل : تسجيل العقود و العقارات بالقباضة المالية و بقية الإجراءات الجبائية .

الإشهار : بإستثناء شركة المحاصة 15 م ش ت تخضع بقية الإجراءات إلى :

نشر العقد بالرائد الرسمي و بجريدتين في أجل شهر من تاريخ تكوين العقد .

ترسيم الشركة بالسجل التجاري 14 م ش ت .

جزاء مخالفة الشكليات :

على المستوى الجزائي : خطية بين 300 و 3000 دينار 20 م ش ت

على المستوى المدني : مخالفة شكليات الإشهار تؤدي إلى البطلان مع إمكانية الإصلاح

للبطلان أثر رجعي و ينشر بالسجل التجار و يأخذ بعين الإعتبار حقوق الغير 104 م ش ت

مسؤولية بالتضامن بين الشركاء و الوكلاء تجاه الغير 106 م ش ت

آثار الإشهار :

تمتع الشركة بالشخصية المعنوية من يوم ترسيم الشركة بالسجل التجاري و تصبح للشركة شخصية معنوية مستقلة لها غسم و مقر و جنسية و ذمة مالية .

لا تتمتع شركة المحاصة و تجمع الشركات بالشخصية المعنوية .

المحور الثاني : حياة الشركة :

- ممارسة السلطة من قبل المسيرين : الشركاء لهم الحق في تعيين المسيرين و عزلهم .

الشركة خفية الإسم تدار من قبل مجلس إدارة و رئيس أو إدارة جماعية و مجلس مراقبة .

شركات الأشخاص يسيرها عادة أهم شريك

الشركة ذات المسؤولية المحدودة : من قبل وكيل أو عدة وكلاء .

- مشاركة الشركاء في الحياة الإجتماعية :

الحق في إتخاذ القرار

الحق في البقاء في الشركة

الحق في الإعلام 11 م ش ت

المحور الثالث : تطور الشركة :

تغير شكل الشركة :

- الأحكام العامة :

الاسباب : قد تكون بإرادة الشركاء أو بتدخل من القاضي (إجراءات الإنقاذ)

الشروط : شركة المحاصة غير قابلة للتغيير و يمكن إختيار التغيير إلى أي نوع آخر لكن الشركة الخفية الإسم لا تصبح إلا شركة مقارضة بالأسهم أو ذات مسؤولية محدودة بشرط مرور سنتين من تأسيسها .

- **الآثار :**

تجاه الشركاء : تعهدات جديدة / مطالبين بديون الشركة السابقة

تجاه الدائنين : الإحتفاظ بحقوقهم 137 م ش ت

إنحلال الشركة :

23 إلى 26 م ش ت

أسباب الإنحلال :

- أسباب قانونية : إنقضاء مدة الشركة / إنقضاء موضوع النشاط 25 م ش ت / تلف المال الممنوح كمساهمة عينية بالملكية أو الإنتفاع قبل تسليمه 24 م ش ت / الأموال الذاتية للشركة دون رأس مالها / الإنحلال الوارد بالعقد التأسيسي .
- أسباب مثارة : إنحلال إرادي مسبق بإتفاق الشركاء / إنحلال قضائي 1323 م إ ع طلب الشريك

آثار الإنحلال :

- إشهار الإنحلال : 29 م ش ت الترسيم بالسجل التجاري و النشر بالرائد الرسمي في أجل شهر من تاريخ الإنحلال من أجل معارضة الغير به .
- تصفية الشركة و القسمة :

التصفية :

- إنهاء الإلتزامات و خلاص الديون ذو طابع إجباري 29 م ش ت تكون بصفة تلقائية أو قضائية . و تبقى الشخصية المعنوية للشركة حتى إستكمال أعمال التصفية.
- القاضي المصفي : هو الممثل القانوني للشركة و يقوم بخلاص الدائنين و تمنع إحالى أي حقوق له . 42 م ش ت
- حقوق الدائنين : توزيع الأموال على الدائنين حسب رتبهم .

في صورة تساوي الرتبة و عدم كفاية ناتج التصفية يوزع حسب نسب ديونهم بعد أجل الإعتراض 90 يوما .

القسمة :

- توزيع محصول التصفية : 26 م ش ت / 116 م إ ع
- رضائية أو قضائية : توزع حسب المساهمة في رأس المال
- إشهار ختم التصفية : بالسجل التجاري و في أجل 15 يوما من الإشهار بالسجل التجاري ينشر بالرائد الرسمي و بجريديتين يوميتين 48 م ش ت .

إندماج الشركات : 417 م ش ت

شروطه : إعداد مشروع الإندماج / الإشهار بالرائد الرسمي و جريدتين يوميتين .

آثاره : توحيد الشركات و توحيد الذمة المالية .

إنقسام الشركات :

شروطه : الإشهار

آثاره : إنقسام في الذمة المالية و كل شركة تصبح على حدة .

أنواع الشركات :

شركات الأشخاص :

- شركة المقارضة : أدنى عدد الشركاء إثنان لهم صفة التاجر و هم مسؤولين شخصيا و بالتضامن عن ديون الشركة و تفليس الشركة يعني تفليس الشركاء .
- شركة المقارضة البسيطة : المقارضة قد تكون بالمال أو بعمل أدنى عدد الشركاء أربعة إثنان من كل صنف .
- شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية

شركات الأموال :

- شركة المقارضة بالأسهم : أنظر مجلة الشركات التجارية
- الشركة الخفية الإسم : قد تكون ذات مساهمة خصوصية أقل رأس المال 5 آلاف دينار و قد تكون ذات مساهمة عامة أقلها 50 ألف دينار .

الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

- الشريك مسؤول في حدود مساهمته . 90 م ش ت

- الحد الأقصى للشركاء 50 شريك

- الحد الأدنى لرأس المال 1000 دينار

رأس المال في الشركات التجارية

1 / تكوين رأس المال :

- الأحكام العامة : المساهمات الداخلة عينا و نقدا المساهمات المقصاة عملا
- الأحكام الخاصة : قيمة رأس المال تختلف حسب نوع الشركة كما سبق توضيحه

2 / تطور رأس المال :

- تغير رأس المال : تغير الشركة و الترفيع في رأس المال الإنقسام الإندماج
- تصفية رأس المال عند تصفية الشركة و إنحلالها

الشركات خفية الإسم

الجزء الأول : تكوين الشركات خفية الإسم

الفقرة الأولى : قواعد التأسيس

– التكوين عن طريق دعوة العموم للإدخار (الشركة ذات المساهمة العامة) 164 م ش ت .
– التكوين بدون دعوة العموم للإدخار (الشركة خفية الإسم ذات المساهمة الخصوصية) 180 م ش ت

الفقرة الثانية : عقوبات قواعد التأسيس

– البطلان : 179 م ش ت
– مسؤولية المؤسسين : المدنية والجزائية 182 _+ 183 إلى 187 م ش ت.

الجزء الثاني : السندات التي تصدرها الشركات خفية الإسم

الفقرة الأولى : القواعد العامة للسندات

تداول السندات – تجريد السندات أو شكلها – العمليات المتعلقة بالسندات (انتقال ملكية الأوراق المالية – الرهن) – عقلة الأوراق المالية - بورصة الأوراق المالية وهيئة السوق المالية.

الفقرة الثانية : القواعد الخاصة بكل سند تصدره الشركات خفية الإسم

الأسهم – الرقاع - حصص التأسيس - الأوراق المالية الجديدة

- يمكن الإطلاع على دروس في الشركات التجارية للأستاذ نذير بن عمو.

العنوان الفرعي 4

إنقاذ المؤسسات التى تمر بصعوبات إقتصادية : الإجراءات الجماعية

القانون القديم الملغى عدد 34 في 17 أفريل 1995 - التنقيح بالقانون عدد 63 في 15 جويلية 1999 – التنقيح بالقانون عدد 79 في 29 ديسمبر 2003 .

صدور القانون الجديد عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 أفريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية – إضافة كتاب رابع للمجلة التجارية.

- **إنقاذ المؤسسات**

غايات القانون : الفصل الأول من قانون 34 قديما والفصل 415 من المجلة التجارية الحالية.

غايات الإجراءات الجماعية هي نفسها وهي : مواصلة النشاط / المحافظة على مواطن الشغل / الوفاء بالدين .

الحلول المطروحة :

- مواصلة النشاط :41 / 44 : إحالة بعض الممتلكات أو الأنشطة الفرعية / تغيير النظام الأساسي / الترفيع في رأس المال ./ منع التفويت في ممتلكات المؤسسة الضرورية .
- كراء المؤسسة أو إعطائها في إطار وكالة حرة : 52 مكرر يمكن كراء المؤسسة في أجل عامان من صدور قرار الإنقاذ . و لا يتجاوز الكراء 7 أعوام . 52 ثالثا .
- إحالة المؤسسة : بصفة كلية أو جزئية : إشهار الإحالة بالرائد الرسمي خلال 20 يوما الموالية لصدور قرار الإحالة .
- التفليس : خروج الشركة من السجل التجاري .

مجال الإنطباق :

- المؤسسات المنتفعة : كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاط تجاري ، تجاري أو حرفي /شركات الفلاحة والصيد البحري 9 يمكن أن تنتفع كل مؤسسة ثبت أنها خسرت كامل أموالها أو سجلت خسائر ب ثلاث أرباع طيلة 3 سنوات متتالية .
- المؤسسات غير المنتفعة : هي المؤسسات والمنشآت العمومية حسب الفصل 416 من المجلة التجارية وكذلك المؤسسات غير الخاضعة للنظام الجبائي الحقيقي والمؤسسات المدنية غير الحرفية وهي المؤسسات الفلاحية والمؤسسات ذات الطابع الجمعياتي أو التضامني والمؤسسات المتعلقة بالمهن الحرة.

كل مؤسسة تماطل في دفع ديونها رغم قدرتها على ذلك و كل و كل مؤسسة توقفت نهائيا عن النشاط من مدة عام على الأقل .

القسم الأول : الإجراءات الإحتياطية الأولية :

- **الإشعار ببوادر الصعوبات الإقتصادية :**

الجزء الأول : الإشعار الداخلي :

الفقرة الأولى : الإشعار من قبل مراقبي الحسابات :

يقوم مراقب الحسابات بإشعار الشركة بالصعوبات الإقتصادية وفي صورة عدم تجاوبها يقوم بإشعار القاضي أو لجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية مباشرة.

حسب الفصل 420 من م ت يقوم مراقب الحسابات بطلب توضيحات من قبل المسيرين بالشركة وفي صورة عدم الإجابة في ظرف 8 أيام يقوم مراقب الحساباب بتقديم استفساراته لمجلس الإدارة أو مجلس الرقابة في الشركة ويقوم بإستدعاء الجلسة العامة للشركاء لتوضيح حقيقة الوضع.

في صورة تواصل الصعوبات الإقتصادية وعدم تجاوب المؤسسة مع هذه الإشكالات والوقوف على تجاوزها وجديتها يقوم مراقب الحسابات في ظرف شهر من عدم التجاوب بتوجيه تقريره حول وضعية الشركة للرئيس الأول للمحكمة الإبتدائية التي يوجد بها مقر المؤسسة ونسخة من التقرير إلى لجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية.

في صورة إخلال مراقب الحسابات بهذه الواجبات المحمولة عليه طبقا لمقتضيات الفصل 420 فإنه يتعرض لمسؤولية جزائية يكون عقابها من 1000 دينار إلى 10000 دينار كخطية مالية حسب الفصل 549 من المجلة التجارية .

وتتمثل مواطن التجديد في دور مراقب الحسابات بين قانون 2016 وقانون 1995 في ثلاثة محاور أساسية وهي :

- طبيعة الصعوبات المعلن عنها : إن كان دور مراقب الحسابات مقتصرا على تقديم المعطيات المتعلقة بالمؤسسة فإن قانون 2016 منحه إضافة إلى ذلك تقديم توقعاته بالتصرفات الخطيرة.
- إجابة المسيرين عن إشعار مراقب الحسابات لهم : كانت في ظرف 15 يوم في القانون القديم وأصبحت في ظرف 8 ايام بوجب قانون 2016 وهو ما يؤكد أنه كلما كان الأجل قصيرا كلما كان الإنقاذ أسهل وأسرع.
- كان مراقب الحسابات في ظل القانون القديم يقتصر على تقديم تقريره للجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية واصبح بموجب القانون الجديد مطالبا بتقديمه للجنة وللقاضي.

ورغم مواطن التجديد فإن دور مراقب الحسابات مازال ضعيفا وذلك لعدة أسباب من أهمها إقتصار دوره على الشركات التي يفرض القانون إنتدابها لمراقب الحسابات وهي غالبا ما تكون الشركات خفية الإسم في إقصاء واضح لإمكانية تدخل مراقب الحسابات في بقية الأنواع من الشركات.وينضاف لهذا السبب توجه مراقب الحسابات في الواقع إلى تجنب الإشعار كما أن مراقب الحسابات ونظرا لعدم قدرته على الإطلاع بكل دقة على كل تفاصيل المؤسسة فإنه يبقى قاصرا عن الإشعار بكل الصعوبات.

الفقرة الثانية : الآليات الأخرى للإشعار الداخلي

- الإشعار من قبل الشركاء :

أقر قانون 2016 أنه من حق كل شريك مساهم بنسبة 5 بالمائة على الأقل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وفي شركات الأموال أن يقوم بالإشعار بالصعوبات الإقتصادية ورغم هذا التنقيح الإيجابي فإن الشريك الذي يتمتع بهذه السماهمة الضعيفة يبقى غير قادر على الإشعار تطبيقيا لأن الإطلاع على المعلومات والمراقبة لأعمال التصرف لا يمكن أن يمارسها إلا الشركاء الذين لهم 10 بالمائة من المساهمات في رأس المال ولا يمكن بالتالي لمن لا يملك المعلومات الدقيقة عن المؤسسة أن يكتشف الصعوبات التي تمر بها ليقوم بعملية الإشعار.

- المسيرين أو مالكي المؤسسة

أقر الفصل 419 الإمكانية للمسيرين ومالكي المؤسسة إمكانية الإشعار حتى في حالة التوقف عن الدفع.

ونستنتج في الأخير أن ما يعاب عن نظام الإشعار هو إقصاءه الواضح واللامبرر للعملة من أحقيتهم في الإشعار بالصعوبات الإقتصادية التي تمر بها المؤسسة خاصة وأنهم أكثر المتضررين من الصعوبات التي تمر بها.

الجزء الثاني : الإشعار الخارجي بالصعوبات الإقتصادية :

الفقرة الأولى : الإشعار الإداري : إشعار مركزي وتقليدي

- الإشعار من قبل الهياكل الإدارية والمالية : تقوم به 3 إدارات أساسية وهي : مصالح تفقدية الشغل / الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي / مصالح المحاسبة العمومية و البنوك يعلمون لجنة المتابعة الإقتصادية الفصل 419 م ت .يقومون بإشعار لجنة المتابعة الإقتصادية.
- الإشعار من قبل لجنة المتابعة الإقتصادية :

تشعر اللجنة رئيس المحكمة الإبتدائية التي بمقرها المؤسسة إختياريا بطلب من رئيس الم إ و إجباريا إذا بلغت مؤسسة خسارتها ثلث رأس مالها و مؤسسة تهدد إستمرارها لنشاطها .

الفقرة الثانية : الإشعار القضائي :

الفصل 421 جديد من المجلة التجارية.

يقوم رئيس المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقر المؤسسة بإستدعاء المسيرين لإتخاذ الإجراءات المناسبة لإنقاذ المؤسسة وذلك في ظرف شهر.

بعد إنتهاء هذا الأجل وفي صورة عدم الوصول إلى حلول مناسبة يمكن لرئيس المحكمة الغبتدائية المرور إلى مرحلة التسوية الرضائية بعد موافقة المسيرين أو المرور مباشرة إلى مرحلة التسوية القضائية في حالة توفر شروط المرور إليها.

يمكن لرئيس المحكمة وفي إطار عمله إستدعاء كل شخص يرى أنه قد يساعد على إنقاذ المؤسسة أو كل شخص تكون شهادته مهمة في تبين الوضعية الحقيقية للمؤسسة.

- **التسوية الرضائية : عوضت الصلح الإحتياطي**

إنقاذ المؤسسة بإتفاق بين الدائن و المؤسسة قبل التوقف عن الدفع . و لها طابع عقدي وقضائي .

- إفتتاح التسوية :

+ شروطها : مطلب يقدم إلى لجنة متابعة المؤسسات من قبل مسير المؤسسة يتضمن تنصيصات / دراسة اللجنة للملف و تحيله في ظرف شهر لرئيس الم إ . / موافقة القاضي

+ آثار الإفتتاح : تعيين مصالح لمدة 3 أشهر تمدد لشهر واحد / تعليق إجراءات التقاضي و التنفيذ السابقة عن إتفاق التسوية لكن لا تعلق إجراءات التقاضي بالنسبة غلى الضمانات الشخصية كالكفيل و أجور العمال .

- سير التسوية :

+ الإتفاق : له طابع عقدي و طابع قضائي إذ يقتضي مصادقة القاضي التي تكون إجبارية إذا إجتمع جميع الدائنين و إختيارية الدائنين أصحاب ثلثي مجمل الديون .

يودع الإتفاق بكتابة المحكمة ويرسم بالسجل التجاري و ينشر بالرائد الرسمي و تحال نسخة منه إلى لجنة المتابعة .

+ عراقيل التسوية : الإخلال بالتنفيذ 15 جديد لمدة 6 أشهر و يمكن طلب فسخ العقد / صعوبة الوصول إلى إتفاق / تقاعس المدين عن الحضور لدى المصالح.

القسم الثاني : التسوية القضائية :

- إفتتاح التسوية :

+ شروط شكلية : عند عدم الإتفاق على التسوية الرضائية أو بطلب من المسير

+ شروط موضوعية : التوقف عن الدفع

-سير التسوية :

+ القاضي: يمكن أن يعين خبير أو قاضي مراقب للوضع الإقتصادي والمالي و الإجتماعي للمؤسسة .

إدراج قرار القاضي بفتح فترة المراقبة بالسجل التجاري و تحال نسخة إلى اللجنة و ينشر بالرائد الرسمي

+ مهام المتصرف القضائي : المراقبة و المساعدة في أعمال التصرف / تحديد مصير الديون السابقة / إعداد برنامج الإنقاذ .

+ فترة المراقبة : مواصلة نشاط المؤسسة / ضبط الديون / تحيد مراكز الدائنين.

نورد في هذا الإطار مقالا قانونيا نشر بجريدة الصباح : تحت عنوان قانون إنقاذ المؤسسات وحكم التفليس.

- بقلم الأستاذ عدنان البديوي المحامي

صدر مؤخرا قانون عدد 36 لسنة 2016 والمؤرخ في 29 أفريل 2016 ويتعلق بالإجراءات الجماعية والذي ألغى عنوان الكتاب الرابع من المجلة التجارية» في الصلح الاحتياطي والتفليس» وعوضه بعنوان « في الإجراءات الجماعية « وللإشارة فقد سبق أن عوض القانون عدد 35 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وألغى ما يسمى بالصلح الاحتياطي الوارد بالمجلة التجارية بالفصول 413 إلى الفصل 444 وأعطى القانون الجديد عدد 36 لسنة 2016 تعريفا للإجراءات الجماعية وحصرها في إجراءات إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وكذلك التفليس بالفصل 413 للمجلة التجارية وأصبح من الناحية الشكلية قانون إنقاذ المؤسسات صلب المجلة التجارية ويمكن لرئيس المحكمة عند افتتاح التسوية الرضائية أن يعين مصالحا يمكن أن تكون لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية إذا وافق المدين وستضبطقائمة المصالحين بمقتضى قرار من وزير العدل لخطة مصالح في إجراءات إنقاذ المؤسسات.

وفي خصوص تعليق وإيقاف تنفيذ الديون الرامية إلى استخلاص دين سابق عن تاريخ إيداع الملف بالمحكمة فقد عوض الفصل 427 جديد الفصل 12 من قانون إنقاذ المؤسسات لسنة 1995 فقد جاء النص الجديد بضرورة ذكر أعمال التنفيذ التي يأذن رئيس المحكمة بتعليقها حصرا واشترط في خلاصها عدم تعكير حالة المؤسسة وعرقلة إمكانية إنقاذها ويستثني الديون الصغيرة في حدود 5 بالمائة من محمل الديون والدائنين المتحدين وذوي الديون المجردة وديون الامتياز العام عدى أجور الخدمة والعملة حسب نص الفقرة 4 من الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية بعد أن كان بمقتضى قانون خاص.

واشترط المشرع للاستفادة من هذا القانون النظام الجبائي الحقيقي تعاطي نشاطا تجاريا أو حرفيا وكذلك الشركات الفلاحية واستثنى المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية وأوجب أن يكون المطلب المدعم لإنقاذ المؤسسة مشفوعا بجملة حصرية وقائمة في المؤيدات صعبة المنال ويكون مآل المطلب الرفض من رئيس المحكمة في صورة نقصان وثيقة ما ،كما أنه يخضع لتقديره إن كان غير جدي ولم يبين القانون كيف يكون جديا من عدمه وترك الأمر لرئيس المحكمة دون طلب تعليل الرفض أو القبول بالفصل 417 من القانون المذكور وقد أبقى القانون تقريبا على نفس الشكليات والإجراءات والآثار القانونية لقانون الإنقاذ لسنة 1995.

ويضيف القانون إمكانية إحالة المؤسسة للغير أو كرائها أو إعطائها للغير في شكل وكالة حرة وهو قانون وان أعاد صياغة فصول قديمة بالمجلة التجارية لسنة 1959 إلا أنها فرصة لدراسة النظام القانوني للمؤسسات في حالة عجز ويأس علما أن قانون سنة 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات وقع إلغاؤه بعد أن انتفعت بأحكامه عديد الشركات الراجعة لرجال الأعمال بنظام ما قبل الثورة وأنقذ الشركات التي استولت على أموال البنوك والأموال العمومية وقع فسخ العقود والإعفاء من رفع الديون البنكية والجبائية مع إيقاف تنفيذ كل الأحكام القضائية والإدارية ضدهم.

وقد أعطى المشرع تعريفا لمفهوم التوقف عن الدفع-cessation de paiment- لكنه بقي تعريفا غير دقيق ولا كاملا ولا يعرف بشكل يؤطر ويحصر هذا المفهوم قبل الحكم بتفليس التاجر أو الذين انقطعوا عن النشاط حسب صيغ وشروط ضبطتها الفصل 475 وما يليه من القانون واعتبر المشرع بالفصل 434 من القانون كل مؤسسة غير قادرة على مجابهة الديون التي حل أجلها بما هو موجود لديها من سيولة وهي موجودات قابلة للصرف أي التصرف فيها على المدى القصير وهو مفهوم خطير يجعل من كل توقف عن الدفع على نطاق أوسع ولمجرد عجز المدين عن تسديد ديون في أجل قصير عرضة لتطبيق أحكام التفليس المدني والتجاري والجزائي.

العنوان الفرعي 5 : الأوراق التجارية

التمييز بين الكمبيالة و الشيك

-الكمبيالة أداة ائتمان(اداة قرض) قصير الأمد (صلاحية الكمبيالة لا تتجاوز ثلاثة أشهر) على عكس الشيك الذي يمثل أداة خلاص فدفعه لا يكون الا بمجرد الاطلاع .

مثال: المؤونة يمكن الا تكون موجودة عند نشأة الكمبيالة و انما فقط عند حلول الاجل، في حين يتطلب إصدار الشيك وجود رصيد سابق في حساب جار و غير مجمد بالبنك و ذلك تجنبا لجريمة اصدار شيك بدون رصيد.

- يشترك الشيك و الكمبيالة في التركيبة الثلاثية (ساحب، مسحوب عليه، مستفيد) لكن لا يمكن أن يكون المستفيد في الشيك الا بنكا أو مؤسسة مالية، على عكس الكمبيالة.

التمييز بين الكمبيالة و السند للأمر

السند للأمر(billet à ordre) هو عبارة عن علاقة ثنائية بين مكتتب(موقع) و مستفيد. يصدر المكتتب السند ويلتزم دون سواه بأداء قيمته للمستفيد. (اي ان المكتتب يلعب في نفس الوقت دور الساحب و المسحوب عليه)و بالتالي فان المستفيد له ضامن وحيد هو الموقع بينما المستفيد من الكمبيالة له ضامنون متعددون.

كما أن السند للامر لا يولي اهمية كبرى للمؤونة و لا يقتضي القبول.

لكن كلاهما يشترك في إمكانية التظهير و تطبيق مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع.

الساحب:tireur هو الشخص الذي يصدر الكمبيالة، وهو دائن المسحوب عليه و مدين المستفيد

المسحوب عليه:tiré (من يجب عليه الدفع) و هو المدين الحالي و اللاحق للساحب

المستفيد:bénéficiaire هو حامل ا لكمبيالة ، اي من يعطى له السند و يمكنه نقله

المظهر:endosseur إذا قرر المستفيد الحصول على مبلغ الكمبيالة قبل اجل الحلول يمكنه تمرير الكمبيالة الى مظهر. و في كل تظهير يسلم المظهر الكمبيالة الى الحامل الجديد وفاء بدين في ذمته.

المظهر له:endossataire هو آخر حامل للكمبيالة و هو من سيقدمها للأداء ضد المسحوب عليه

شروط الكمبيالة

الفصل 269

يعتبر القانون الكمبيالة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص المتعاملون بها وتحتوي على:

1) ذكر كمبيالة في نص السند باللغة المستعملة في تحريره

2) التوكيل المجرد المطلق بدفع مبلغ المعين

3) اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)

4) بيان أجل الحلول

5) بيان المكان الذي يجب فيه الدفع

6) اسم من يجب له الدفع أو من يكون الدفع بأمره

7) بيان التاريخ والمكان اللذين أنشئ فيهما السند

8) توقيع منشئ السند (الساحب).

إذا خلا السند من إحدى البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة فلا يعد كمبيالة إلا في الأحوال المعينة ب الفقرة الآتية:

إن الكمبيالة التي لا تحتوي على بيان أجل الحلول تعتبر واجبة الأداء بمجرد الاطلاع عليها.

إذا لم يعين مكان خاص للدفع فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعد محلا للدفع وفي الوقت نفسه مقرا للمسحوب عليه.

إن الكمبيالة التي لم يذكر بها مكان إنشائها تعتبر ملتزما بها في المكان المبين بجانب اسم الساحب.

---

1 / الكتب : شرط صحة : تنصيصات وجوبية 269 م ت

الجزاء بطلان نسبي إمكانية الإصلاح :

في غياب تحديد الأجل (بمجرد الإطلاع)

في غياب مكان الدفع (عنوان المسحوب عليه)

غياب مكان الدفع (عنوان المسحوب عليه)

غياب مكان الإنشاء (عنوان الساحب) .

2 / الاهلية التجارية : سن الرشد : أو عن طريق النيابة .

3 / القبول .

<u>صرامة الإلتزام الصرفي على مستوى التنفيذ :</u>

1 / التضامن بين المدينين : 310 م ت إمكانية تتبع أي شخص أمضى الكمبيالة و كل المظهرين متضامنين إزاء الحامل .

2 /غياب فضل الآجل : 338 م ت تدفع الكمبيالة بمجرد الإطلاع .

3 / مبدأ إستقلالية التوقيعات : 273 م ت العيب الذي يطال إلتزام أحد المتدخلين لا يبطل السند و يبقى إلتزام البقية قائما .

4 / عدم الإحتجاج بالدفوع : 280 م ت لا يمكن التمسك ضد حامل الكمبيالة بوسائل معارضة تخص الساحب و الحاملين السابقين كعيب الرضا أو إنعدام الأهلية إلا إذا كان الحامل سيئ النية .

<u>المؤونة : 275 م.ت : الأساس المادي للورقة التجارية .</u>

الفصل 275

المؤونة على الساحب أو على الشخص الذي تسحب لحسابه الكمبيالة وهذا لا يمنع من بقاء الساحب لحساب غيره ملتزما شخصيا للمظهرين[1] والحامل فحسب.

تكون المؤونة موجودة عند حلول أجل دفع الكمبيالة إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب أو لمن سحبت لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة.

تنقل ملكية المؤونة قانونا إلى حملة الكمبيالة على التعاقب.

إن القبول قرينة على وجود المؤونة.

وهذا القبول مثبت لوجودها بالنظر للمظهرين.

وعلى الساحب وحده سواء حصل القبول أو لم يحصل أن يثبت في حالة الإنكار أن المسحوب عليه كان لديه المؤونة عند الحلول وإلا لزمه ضمانها حتى ولو أن الاحتجاج قد أقيم بعد الآجال المعينة.

---

1 / أهمية المؤوونة :

في العلاقة بين الساحب و المسحوب عليه :

في العلاقة بين الساحب و الحامل :

في العلاقة بين الحامل و المسحوب عليه :

في العلاقة بين الحامل و المظهرين :

2 / ملكية المؤونة :

3 / تقديم المؤونة و مكانها :

4 / إثبات وجود المؤونة :

<u>التظهير و تداول الكمبيالة : 276 – 282</u>

<u>التظهير الناقل للملكية :</u>

الفصل 276

كل كمبيالة وإن لم يشترط فيها صراحة سحبها لأمر تكون قابلة للإنتقال بطريقة التظهير.

وإذا أدرج الساحب في نص الكمبيالة كلمات "ليس لأمر" أو عبارة مماثلة فلا يكون السند ق ابلا للإنتق ال إلا بصيغة الإحالة العادية والنتائج المترتبة عليها.

ويمكن أن يكون التظهير حاصلا لصالح المسحوب عليه سواء أكان قابلا للسند أو لا أو لصالح الس احب أو أي ملتزم آخر سواء وهؤلاء الأشخاص يمكنهم أن يظهروا الكمبيالة من جديد.

يجب أن يكون التظهير مجردا ومطلقا.

وكل شرط يعلق عليه التظهير يعد لاغيا.

إن التظهير الجزئي باطل.

والتظهير المشترط للحامل يعد بمثابة تظهير على بياض.

يجب أن يكون التظهير على الكمبيالة ذاتها أو على ورقة ملحقة بها أي المضافة ويجب أن يكون مشتملا على توقيع المظهر.

[1] إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 41 بتاريخ 7 أوت 1962 ص 1212.

ويجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المستفيد منه أو أن يقتصر على توقيع المظهر لا غيره وهو تظهي ر على بياض وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحا إلا إذا كان على ظهر الكمبيالة أو على المضافة.

الفصل 277

إن التظهير تنتقل بمقتضاه جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة.

وإذا كان التظهير على بياض فإنه يمكن للحامل:

1) أن يملأ البياض بوضع اسمه أو اسم شخص آخر.

2) أن يظهر الكمبيالة من جديد على بياض أو أن يظهرها لشخص آخر.

3) أن يسلم الكمبيالة إلى أجنبي بدون أن يملأ البياض وبدون تظهير.

شروط التظهير الناقل للملكية :

الشروط الموضوعية :

تتعلق بالعمل القانوني / المظهر / المظهر له .

الشروط الشكلية :

التظهير كتابة على ظهر الورقة أو ورقة إضافية

توقيع المظهر

آثار التظهير الناقل للملكية :

إنتقال الملكية للمظهر له

المظهر ضامن للقبول و الوفاء

التظهير التوكيلي : 281 م ت:

الفقرات الثلاث الأولى :

الفصل 281

إذا كان التظهير محتويا على عبارة "قيمة للاستيفاء" أو "للقبض" أو "بالوكالة" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد مجرد التوكيل فيمكن للحامل أن يجري جميع الحقوق الناتجة عن الكمبيالة ولكنه لا يمكن له أن يظهرها إلا على سبيل الوكالة.

ولا يمكن في هذه الحالة للملتزمين أن يتمسكوا ضد الحامل إلا بوسائل المعارضة التي كان من الممكن لهم معارضة المظهر بها.

إن النيابة التي يتضمنها التظهير التوكيلي لا ينقضي حكمها بوفاة الموكل أو بفقدانه الأهلية.

شروط التظهير التوكيلي :

شروط موضوعية :

شروط شكلية :

آثار التظهير التوكيلي :

في علاقة المظهر بالمظهر له

بالنسبة للغير

التظهير على سبيل الضمان أوالرهن :

الفقرة الرابعة من الفصل 281 :

إذا كان التظهير يحتوي على عبارة "القيمة موضوعة ضمانا" أو "القيمة موضوعة رهنا" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرهن فيمكن للحامل أن يجري جميع الحقوق المترتبة على الكمبيالة ولكنه إذا حصل منه تظهير فلا يعد تظهيره إلا على سبيل الوكالة.

شروط موضوعية و شكلية

آثار في علاقة المظهر بالمظهر له و بالنسبة للغير

الموضوع : المؤونة

تندرج المؤونة ضمن الضمانات الخاصة للوفاء بالكمبيالة .والمؤونة هنا هي دين بمبلغ من المال مساو على الأقل لمبلغ الكمبيالة في ذمة المسحوب عليه للساحب يكون موجودا أو مستحق الأداء في تاريخ حلول أجل الوفاء بالكمبيالة.

تنتقل المؤونة في ملكيتها للحامل وفي حالة وجودها لدى المسحوب عليه هي ضمان من ضمانات الوفاء بالكمبيالة وقد نص عليه الفصل 275 من م ت المؤونة على الساحب أو على الشخص الذي تسحب لحسابه الكمبيالة وهذا لا يمنع من بقاء الساحب لحساب غيره ملتزما شخصيا للمظهرين والحامل فحسب.

المبحث الأول : أهمية المؤونة

- أهمية المؤونة في علاقة الساحب بالمسحوب عليه :

عندما يوفر الساحب المؤونة للمسحوب عليه فيحق له أن يطلب من هذا الأخير قبول الكمبيالة ودفع قيمتها للحامل عند حلول الأجل. أما في حالة عدم توفر المؤونة لدى المسحوب عليه فيحقق لهذا الأخير عدم قبول الكمبيالة ودفع قيمتها، وفي حالة قبوله للكمبيالة رغم عدم توفر المؤونة فإنه يلتزم بدفع قيمتها والرّجوع بعد ذلك على الساحب.

- في العلاقة بين الساحب والحامل

يمكن أن نميز بين حالتين:

ففي الحالة التي تكون فيها المؤونة موجودة لدى المسحوب عليه فإنّ الساحب يمكنه أن يسلّم الكمبيالة فورا للحامل وعلى هذا الأخير أن يقوم عند حلول الأجل بالإجراءات المفروضة لاستخلاص قيمة الكمبيالة من قبل المسحوب عليه وإلاّ فإنّه يفقد حق الرّجوع على الساحب، أمّا في حالة لم يوفر الساحب المؤونة لدى المسحوب عليه فإنه يبقى للحامل حق الرّجوع على الساحب حتى لو كان حاملا مهملا في الرّجوع على المسحوب عليه عند حلول أجل الاستحقاق.

- في العلاقة بين الحامل والمسحوب عليه

تمثّل المؤونة إحدى الضمانات الرّئيسية للحامل حيث تمكنه من استيفاء حقه في استخلاص الكمبيالة عند حلول الأجل، فإنه عندما تكوين المؤونة متوفرة لدى المسحوب عليه عند حلول الأجل وامتنع هذا الأخير عن الدفع فإنه يمكن للحامل الرّجوع عليه [[29]]أما في حالة عدم توفر المؤونة لدى المسحوب عليه عند حلول الأجل فإنّ للحامل الرجوع على الساحب وسائر الموقعين على الكمبيالة.

المبحث الثاني : ماهية المؤونة :

- **مكونات المؤونة**

ينصّ الفصل 275 .م.ت على أنه ‘‘تكون المؤونة موجودة عند حلول أجل دفع الكمبيالة إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب أو لمن سحب لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة’’.

من خلال قراءة هذا الفصل تبرز حقيقة المؤونة بما هي بين الساحب لدى المسحوب عليه إلا أنه لم يحدد بدقة جميع الشروط الواجب توفرها في هذا الدين كما أنه يحدد خصائص وحور الدين المكون للمؤونة.

- المؤونة ضمان خلاص لفائدة الحامل

تعتبر المؤونة ضمان من ضمن الضمانات الخاصّة للوفاء بالكمبيالة ذلك أنه في مجال المعاملات المالية كلّ متعاقد يبحث عن ضمانات من شأنها أن تضمن له حقاوالضمان هو ‘‘كل لوسيلة قانونية تمكن الدائن من خطر عدم وفاء المدين‘‘.

ونظرا لأهميّة الكمبيالة في المجال الاقتصادي وحرصا منه على ضمان تسيير المعاملات التجارية ، فقد حرص المشرّع التّونسي على إحاطة هذه الورقة التجارية بمجموعة من الضمانات لتجنّب المستطاع خطر عدم الوفاء تقيمها، فمثلا ألقى قانون الصرف على عائق المظهر إضافة إلى ضمان وجود الحق عند حلول أجل التّظهير، ضمان الوفاء في أجال الاستحقاق وكذلك أقرار وكذلك إقرار بمبدأ استقلال التواقيع، ولكن قانون الصرف لم يكتفي بهذه الضمانات لطمأنة عامل الكمبيالة من إشيقاء حقه. بل زاد في ضماناته بأن تقل إليه الحق في ملكية المؤونة بما هي دين بذمة المسحوب عليه والذي يعد أساس تحرير الكمبيالة ولتأكيد ضمان حقه مكن قانون الصرف حامل الكمبيالة من تقديمها قبل حلول الأجل للمسحوب عليه، فيصبح بذلك مدينا أصليا يضاف التزامه بالضمان إلى التزامات الموقعين الآخرين.

المبحث الثالث : النظام القانوني لإثبات وجود المؤونة

قد ينشأ نزاع بين الساحب والمسحوب عليه، حيث يسعى الأول لإثبات أنه دفع قيمة الكمبيالة دون أن يتلقى المؤونة، كما يمكن أن ينشأ نزاع بينه وبين الحامل المهمل الذي أهمل في القيام بإجراءات المطالبة بالمؤونة، كذلك يمكن أن تكون للحامل مصلحة في إثبات وجود المؤونة وذلك في حالة أراد الرّجوع على المسحوب عليه غير القابل وبناء عليه وبالنظر إلى أهميّة إثبات وجود المؤونة فإن طرق الإثبات تتشعب وتتعدّد بحسب طبيعة الكمبيالة إن كانت مقبولة أو غير مقبولة .

- ***في الكمبيالة المقبولة*** : جعل المشرّع ضمن الفصل 275 م ت قبول المسحوب عليه للكمبيالة قرينة على وجود المؤونة ذلك أن هذا الأخير لا يقبل الكمبيالة إلاّ متى تلقى المؤونة من الساحب أو كان متأكد من تلقيها عند حلول الأجل. وحسب نصّ الفصل سابق الذكر فإن القبول يعتبر قرينة قانونية على وجود المؤونة.
- ***في الكمبيالة غير المقبولة*** : قد يرفض المسحوب عليه قبول الكمبيالة وذلك لأسباب عديدة أما لأنه ليس مدينا للساحب، أو أنه لم يتسلّم المؤونة أو لأنه لا يرغب في الارتباط بالالتزام الصرفي الذي ينتج عن القبول .(وبالتالي فإن الحامل يحرم من الانتفاع بقرينة القبول التي نصّ عليها الفصل 275 م ت الفقرة الرابعة والخامسة

والتي تنصّ على أن القبول يثبت وجود المؤونة لدى المسحوب عليه لفائدة الحامل والمظهرين وبناء عليه فإنه لا يبقى الحامل غير المقولة سوى الاعتماد على القواعد العامّة للإثبات التي وردت مواد ضمن مجلة الالتزامات والعقود أو ضمن المجلة التجارية .

عقد الحساب الجاري

الموضوع الأول : خصوصية الحساب الجاري :

الجزء الأول : خصوصية الحساب الجاري على مستوى العناصر المكونة له

الفقرة الأولى: العنصر المعنوي كصفة مميزة للحساب الجاري –

- مضمون العنصر المعنوي للحساب الجاري
- إثبات العنصر المعنوي للحساب الجاري

الفقرة الثانية: العناصر المادية للحساب الجاري كصفة مميزة له

- عمومية الحساب الجاري
- دفعات القبض

الجزء الثاني : خصوصية الحساب الجاري على مستوى نظامه القانوني

الفقرة الأولى: خصوصية النظام القانوني للحساب الجاري أثناء سيره

-آثار دخول الدين في الحساب الجاري
- الحقوق المترتبة للأطراف بدخول الدين في الحساب الجاري

الفقرة الثانية: خصائص النظام القانوني للحساب الجاري عند غلقه

-

الأستاذ رمزي محمدي

- أسباب غلق الحساب الجاري
- النتائج المترتبة عن غلق الحساب الجاري

العنوان الثالث : المرافعات المدنية والتجارية

اختصاص المحاكم، مرجع النظر الترابي، مرجع النظر الحكمي، إجراءات رفع الدعوى لدى حكّام النواحي والإجراءات لدى المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، ومحكمة التعقيب، طرق الطّعن، الوسائل الوقتية، الأحكام المشتركة بين المحاكم.

لا يكفي أن يتوفر الحق وإنما يجب أن تتوفر الإجراءات الكفيلة بحمايته واستعادته والحصول عليه.

وعادة ما يطلق عليها " قواعد إجرائية "

الخاصيات المتعلقة بالإجراءات المدنية والتجارية :

- الصبغة الشكلية للإجراءات :

لا تهتم القواعد الإجرائية بأصل الحق بصفة مباشرة وإنما تهتم بالوسائل الواجب إتباعها من أجل حماية الحق " فالشكل هو توأم الحرية " [25] .

تتلخص الشكلية في أمرين :

وجوب صياغة الإجراء طبقا لشروط محددة.

تتمة الإجراء في مكان وموعد معين .

- الصبغة الآمرة للإجراءات : والمقصود بذلك عدم الاتفاق على خلافها لأن أغلبها تهم النظام العام ويترتب على عدم احترامها جزاء وفق ما ينص عليه الفصل 14 من م.م.م.ت.
- الصبغة المباشرة للإجراءات : تنطبق الإجراءات بصفة مباشرة بمجرد دخولها حيز التنفيذ ما لم ينص القانون على موعد لاحق .
- مواكبة قانون الإجراءات للتطور : هو قانون متطور لحاجيات المجتمع يتميز بصبغته العملية وتأثيره المباشر على حياة الناس.

إن في تطور قانون الإجراءات عبر التاريخ هو سعي نحو ضمانه للجدوى والشرعية في فصل النزاعات وقد مر في تونس بثلاث مراحل رئيسية :

- ما قبل الحماية :

تميزت هذه المرحلة بوجود المحاكم الفقهية فوجد قضاء حنفي وقضاء مالكي واستمد أغلب أحكامه من القرآن والسنة.

---

[25] الأستاذ كمال نقرة ، القانون العدلي الخاص ، دروس مرقونة ، ص 2 2008 / 2009 كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس المنار.

وقد كان الإمام سحنون مجددا في القضاء بإخراجه عمل القضاء من المساجد إلى أماكن مهيئة لذلك وأنشأ دوائر مختصة مثل دائرة المظالم ودائرة الحسبة ودفاتر لتدوين القضايا والأحكام وأنشأ الاستدعاء الكتابي و " الاستقدام الجبري " .

ثم كان دستور 1861 منظما للقضاء بتركيز مجالس قضائية مختصة كمجلس التجارة ومجلس الجنايات ومجلس الضبطية ومجلس الحرب ومجلس التحقيق إلى أن تم إلغاء ذلك بموجب أمر جويلية 1866 كما وجدت قبل الحماية محاكم تسمى بمحاكم القنصلية تفصل في النزاعات التي يكون طرفها أجنبي.

- فترة الحماية :

تميزت هذه الفترة ب بتعدد المحاكم وتكثف النصوص القانونية فإلى جانب المجلس العقاري وجدت أربعة محاكم مختصة هي :

المحاكم الفرنسية و المحاكم الشرعية (ذات فرعين : المحاكم المالكية والمحاكم الحنفية) ومحاكم الأحبار ومحاكم تونسية عصرية أحدث بموجب أمر 18 مارس 1896 ركزت فيها قاعدة التقاضي على درجتين وصدرت مجلة رسمية مدنية في 24 ديسمبر 1910 .

- فترة الاستقلال :

تم إثر الاستقلال توحيد القضاء ودخول م.م.م.ت حيز التنفيذ في 1 جانفي 1960 وتشمل هذه المجلة محورين : محور يتعلق بالإجراءات لدى المحاكم ومحور يتعلق بطرق التنفيذ وتعتمد أحكام هذه المجلة ما لم توجد أحكام إجرائية خاصة بنصوص خاصة مثل مجلة الشغل أو مجلة الشركات التجارية أو مجلة الأحوال الشخصية وغيرها.

يمكن تقسيم دراسة مادة المرافعات المدنية والتجارية إلى جزأين وفق ما هو موجود بم .م.م.ت جزء أول يتعلق بالإجراءات المتعلقة بالتقاضي من أجل الحصول على حكم وجزء ثان يتعلق بإجراءات تنفيذ الحكم أي طرق التنفيذ.

الجزء الأول : الإجراءات المدنية والتجارية : إجراءات التقاضي :

تستوجب إجراءات التقاضي دراسة الإطار الذي توجد به هذه الإجراءات (الفصل الأول) والتعرض إلى الدعوى القضائية (الفصل الثاني).

الفصل الأول : التنظيم القضائي :

يفترض القضاء لأداء مهمته مجموعة من المبادئ الأساسية تضمن عدالته ونزاهته (المبحث الأول) ونظاما محكما للمحاكم يبين وحدته (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : المبادئ العامة للتنظيم القضائي :

يستند التنظيم القضائي على مبادئ أساسية يمكن تقسيمها إلى صنفين صنف يتعلق بالقضاء كمرفق عمومي وصنف يتعلق بسير القضاء .

الفقرة الأولى : المبادئ المتعلقة بالقضاء كمرفق عمومي :

تتمثل في : مبدإ استقلال القضاء و مبدأ علنية الجلسات والتشكيلة المجلسية للمحاكم.

أ) مبدأ استقلال القضاء :

الفصل 102:

القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات.

القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون.

تم تكريس هذا المبدأ بالفصل 102 من الدستور التونسي الجديد وكذلك كان مكرسا في الفصل 65 من دستور 1959 . فالقضاء باعتباره سلطة من سلطات الدولة الثلاث إلى جانب السلطة التنفيذية والتشريعية فإنه يمارس وظيفته باستقلالية .

ومظاهر هذه الاستقلالية تبرز على المستوى الموضوعي في وجود قانون أساسي ينظم مهنتهم هو القانون الأساسي للقضاة عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 17 جويلية 1967 ومجلس أعلى للقضاء يتولى الإشراف على هذه السلطة.

ب) مبدأ مجانية التقاضي :

يقصد بذلك عدم دفع أجر للقضاة من أجل ممارستهم لوظيفتهم فأجور القضاة تحمل على خزينة الدولة.

ولا تعني مجانية تقاضي عدم دفع المعاليم الجبائية لاستخراج الرسوم أو عدم دفع أجر المحامين والخبراء والعدول ومن هذه المعاليم نجد معاليم الاستدعاء للجلسة ومصاريف الاختبارات.

يمكن أن ينتفع المتقاضي بالإعانة العدلية في مختلف القضايا المدنية وذلك بتوفر شرطين :

الشرط الأول : أن يتبين أن طالب الإعانة فقير وفي حاجة أكيدة إليها يتعذر معها الحصول على الحق دون وجود الإعانة.

الشرط الثاني : أن تكون دعوته جدية.

ويقدم المطلب لوكيل الجمهورية الذي يحيله للجنة المختصة بإسناد الإعانة.

وتشمل الإعانة العدلية مصاريف تسجيل الحكم وأجرة العدول المنفذين والخبراء ومصاريف المحاماة .

ج) مبدأ علنية الجلسات :

تتم الجلسات في القضاء بصفة علنية إذ يمكن لكل شخص الحضور كما أن النطق بالحكم يكون بصفة علنية وهذا المبدأ هو ضمانة للقضاء إذ ينص الفصل 177 من م.م.م.ت :

" تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من النيابة العمومية أو أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة."

كما أوجب الفصل 121 أن يكون التصريح بالحكم في جلسة علنية .

وتنطبق هذه القواعد على محكمة الاستئناف لكن لا تنطبق على محكمة التعقيب التي تتم جلساتها بمجلس الشورى دون حضور الخصوم ولا يمكن للمحامي الترافع إلا إذا طلب ذلك كتابة حسب الفصل 188.

د) مبدأ التركيبة الجماعية للمحاكم :

اعتمدت المجلة التركيبة الجماعية للمحاكم عوضا عن التركيبة الفردية إذ تتركب التركيبة الجماعية عادة من رئيس وقاضيين ويتعدد القضاة ضمن هيئة واحدة تسمى " دائرة " تتم فيها المفاوضة وتأخذ فيها القرارات بالأغلبية .

لكن هذه التركيبة لا تنفي وجود أعمال فردية في عديد الحالات فمحكمة الناحية تتركب من قاضي فردي هو قاضي الناحية وكذلك القضاء الإستعجالي و قاضي التقاديم وقاضي الضمان الاجتماعي .

<u>الفقرة الثانية : المبادئ المتعلقة بحسن سير القضاء :</u>

من أهم هذه المبادئ نجد : مبدأ التقاضي على درجتين ومبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ حياد القاضي.

أ) مبدأ التقاضي على درجتين :

هو الحق بالنسبة لكل متقاضي في النظر في نزاعه مرتين من قبل محكمتين مختلفتي الدرجة فمن حقه الطعن في الحكم الصادر عن الدرجة الأولى .7ولمبدإ التقاضي على درجتين أثاران : أثر إنتقالي وأثر تعليقي.

الأثر الإنتقالي : يتمثل في نقل الدعوى برمتها إلى محكمة الدرجة الثانية لتعيد النظر فيها من الناحية الواقعية والناحية القانونية في حدود ما تسلط الاستئناف.

الأثر التعليقي : بمجرد الطعن بالاستئناف يتعطل التنفيذ إلى أن تبت محكمة الدرجة الثانية في الاستئناف.

ب) مبدأ المواجهة بين الخصوم :

يقصد به تمكين الطرفين أو ممثليهم من الحضور لدى المحكمة وتقديم أوجه دفاعهم فلا يمكن إعتماد مؤيدات أو طلبات أو تقارير فلا يمكن إعتماد مؤيدات أو طلبات أو تقارير إلا بعد تمكين الطرف الثاني من الإطلاع عليها وتحديد موقفه منها.

ج) مبدأ حياد القاضي :

- إن حياد القاضي هو حياد بمعناه الإيجابي .فالقاضي ملزم وجوبا بالحياد تجاه الطرفين (الفصل 22 من القانون الأساسي للقضاة) ويترتب عن هذا المبدإ أن لا يكون للقاضي مصلحة في النزاع المعروض عليه وأن لا يكون له رأي مسبق من النزاع وأن يمكن الطرفين من فرص متساوية للدفاع وأن يحترم حق الدفاع وأن لا يحكم بأكثر مما طلب منه .
- خصص المشرع الباب السادس من م.م.م.ت لمسألة التجريح في القضاة وذلك لغاية حمله عن التخلي في الدعوى :

خصص المشرع الفصول 248 و 249 و 250 لهذه المسألة.

- الفصل 248 : يحدد الحالات التي يحجر فيها على القاضي النظر في النزاع ويحتوي النص على ثمان حالات :

الفصل 248

تحجر مباشرة الوظائف العدلية أص . الة على الحكام :

أولا : في النوازل التي هم فيها خصوم أو لهم مشاركة مع الخصوم أو مشاركة ف ي الت زام لأح د الخصوم أو كان عليهم فيها مرجع الدرك.

ثانيا : في نوازل نسائهم ولو بعد انفصال الزواج.

ثالثا : في نوازل أقاربهم أو مصاهريهم بدون نهاية بسلسلة النسب المستقيم وحواشيهم إل ى الدرج ة السادسة بالنسبة للأقارب وإلى الدرجة الرابعة بالنسبة للأصهار.

رابعا : في النوازل التي لزمهم القيام فيها بصفة نائب قانوني عن أحد الخصوم.

خامسا : في النوازل التي وقع سماعهم فيها بصفة شهود أو التي باشروها بصفة حكام أو محكمين أو سبق منهم إعطاء رأي فيها.

سادسا : إذا كانوا دائنين أو مدينين لأحد الخصوم.

سابعا : إذا كان أحد الخصوم مستخدما عندهم.

ثامنا : إذا سبق خصام بينهم وبين أحد الخصوم.

- الفصل 249 و 250 من م.م.م.ت : يتعلقان بإجراءات التجريح في القاضي فالفصل 249 يلزم القاضي بالتجريح في نفسه والتخلي تلقائيا أما الفصل 250 فيتعلق بكيفية طلب التجريح فهو يقدم لرئيس المحكمة ويكون كتابيا وإذا كان المجرح فيه رئيس المحكمة فيقدم الطلب لأقدم قاضي في المحكمة وإذا تم التجريح في قاضي الناحية فيتم لدى رئيس المحكمة الابتدائية.
- نص المشرع على جزاء الإخلال بواجب الحياد : وللجزاء وجهان مدني وجزائي : أما الجزاء المدني فيتمثل في مؤاخذة القاضي لخرقه لواجب الحياد طبق الفصلين 199 و 200 من م.م.م.ت وتتم الإجراءات لدى محكمة التعقيب إذ نص الفصل 199 على حالات المؤاخذة وهي الغرر والاحتيال والارتشاء ومسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضرر.أما الفصل 200 فيهم إجراءات المؤاخذة وتتمثل في تقديم مطلب بواسطة محام للرئيس الأول لمحكمة التعقيب مرفقا بالمؤيدات. أما من الناحية الجزائية فلقد خصص المشرع الفصول 88 و 89 و 90 من المجلة الجزائية لجريمة ارتشاء قاضي.

ونميز بين التجريح والمؤاخذة فالتجريح قبل الحكم أما المؤاخذة فتكون بعد الحكم.

- إن القاضي يراقب الإجراءات ويقدر رجاحة الأدلة ويستمع للشهود ويأذن بالقيام بالاختبارات .

المبحث الثاني : المحاكم

يستوجب هذا المبحث التعرض إلى مسألتين : المسألة الأولى تتعلق بالمتدخلين على مستوى المحاكم أما المسألة الثانية فتتعلق باختصاص المحاكم.

الفقرة الأولى : المتدخلون على مستوى المحاكم

أ) القضاة : يخضعون إلى النظام الأساسي للقضاة وينقسمون أساسا إلى صنفين : الصنف الأول وهم القضاة الجالسون الذين ينظرون في القضايا ويبتون فيها ويصدروا الأحكام . والصنف الثاني هم القضاة الواقفون والمقصود بذلك النيابة العمومية وهم ينوبون الحق العام.

- دور النيابة العمومية في المادة المدنية :

ينظم هذا الدور الفصل 251 من م.م.م.ت :

النيابة كطرف أصلي في النزاع المدني : تكون كذلك عندما تباشر الدعوى فتنطبق عليها إجراءات الدعوى ووسائل الطعن وتلزم باحترام الآجال والإجراءات .

النيابة كطرف منظم في النزاع المدني: أي تدخل النيابة العمومية في دعوى قائمة لتساند أحد الموقفين أو تبدي رأيها كما يمكن أن تطعن بالتعقيب ويتبين أن تدخلها كطرف منظم يكون ذو وجه وجوبي ووجه اختياري : التدخل الوجوبي يكون في عرض المحكمة الملف على النيابة لتبدي رأيها فيه وذلك قبل ثلاثة أيام على الأقل قبل الجلسة وهذا العرض يكون كلما كانت الدولة أوهيئة عمومية طرفا في هذا النزاع. / في صورة الدفع بعدم الاختصاص الحكمي / إذا تعلق النزاع بعديمي الأهلية أو المفقودين/ في صورة التجريح في الحكام أو مؤاخذتهم.

أما التدخل الاختياري فيكون موكولا لاجتهاد المحكمة فتعرض الملف على النيابة كلما رأت في ذلك فائدة .

ب) المحامي و مساعدي القضاء

- المحامي : لم يعد المحامي مساعدا للقضاء بل أصبح شريكا في إقامة العدل وذلك بعد صدور المرسوم عدد 79 لسنة 2011 والفصل 105 من الدستور الجديد .
- مساعدي القضاء :

- العدول المنفذون : منظمة بالقانون عدد 29 ل 13 مارس 1995.وهو مأمور عمومي يختص بتبليغ الاستدعاء وإقامة المحاضر .
- عدول الإشهاد : منظمة بالقانون عدد 64 ل 23 ماي 1994 وهو مأمور عمومي يختص بتحرير الحجج الرسمية و إجراء الاستجوابات وتحرير الفرائض ومهام أخرى خاصة.
- الخبراء العدليون : تعين المحكمة خبيرا للحصول على رأي فني من أهل الاختصاص في الميدان موضوع النزاع. وتنظم اختصاصاته بالقانون عدد 61 ل 23 جوان 1193.
- أمناء الفلسات والمؤتمنون العدليون والمصفون والمتصرفون القضائيّين : القانون عدد 71 ل 11 نوفمبر 1997.

- المترجمون المحلفون : القانون عدد 80 ل 4 جويلية 1994.
- كتبة المحاكم : النظام الأساسي محدد بالأمر عدد 958 ل 29 ماي 1995 ويخضعون لقانون الوظيفة وينظم عملهم بموجب قواعد مجلة المرافعات.

الفقرة الثانية : نظام المحاكم :

يمكن التمييز في هذا الإطار بين محاكم الأصل ومحكمة التعقيب .

أ) محاكم الأصل

تتميز بتأهيلها للبت في النزاع بمختلف جوانبه الموضوعية والقانونية وتنقسم إلى محاكم درجة أولى ومحاكم درجة ثانية.

1 / محاكم الدرجة الأولى

باستثناء المحكمة العقارية التي تخضع لنظام خاص فإن محاكم الدرجة الأولى هي التي تتعهد بالنزاع أولا وتصدر أحكاما ابتدائية فيه.

ويتحدد مرجع نظرها بوجهين : مرجع نظر حكمي حسب طبيعة النزاع ومقداره ومرجع نظر ترابي حسب الموقع الجغرافي.

- **مرجع النظر الحكمي :**

يوصف بالاختصاص النوعي ويهم النظام العام والمحكمة تثيره من تلقاء نفسها إذ اقتضى الفصل 3 من مجلة المرافعات " لا عمل على كل اتفاق من شأنه مخالفة الاختصاص الحكمي المعين بالمجلة."

ويتوزع الاختصاص الحكمي بين المحكمة الابتدائية وهيئات متخصصة.

- **المحكمة الابتدائية :**

للمحكمة الابتدائية اختصاص عام يؤكده ما جاء بالفقرة الأولى من الفصل 40 وتوجد في تونس 27 محكمة ابتدائية تنتصب للقضاء بتركيبتين مختلفتين : تركيبة جماعية وتركيبة فردية حسب طبيعة النزاع.

أولا : التركيبة الجماعية :

- يمكن تقسيم التركيبة الجماعية العادية للمحكمة الابتدائية إلى نوعين تركيبة عادية وتركيبة خاصة .

التركيبة العادية تتكون من رئيس وقاضيين وكاتب الجلسة (الفصل 40 في فقرته الثالثة).

التركيبة الخاصة تكون في المادة التجارية حسب ما يقتضيه الفصل 40 في فقرته الرابعة وتتركب الدوائر التجارية من رئيس وتاجرين عندما يكون النزاع بين تاجرين فيما يخص نشاطهم التجاري وتنظر بتركيبة جماعية خماسية من رئيس وقاضيين وتاجرين في النزاعات المتعلقة بالشركات في تكوينها أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها أو التي تمر بصعوبات اقتصادية وكذلك عندما تنظر استئنافيا فيما يدخل في اختصاصها.

ولا يتوقف نظر الدائرة التجارية إذا لم يحضر التاجرين أو أحدهما ويمكن أن يكلف الرئيس أحد الأعضاء بمحاولة إبرام الصلح بين المتنازعين ويمكن للأطراف الطلب في النظر في النزاع وفق قواعد العدل والإنصاف ولا يكون القرار في هذه الحالة قابلا للطعن إلا بالتعقيب.

- الدعاوي المنظورة بتركيبة جماعية :

الدعاوي الاستحقاقية : هي الدعاوي التي تستند إلى حق عيني عقاري وفق الفصل 20 من م.م.م.ت والحقوق العينية العقارية هي الملكية الانتفاع والإنزال والكردار والسكنى والهواء والإجارة الطويلة والارتفاق والامتياز والرهن العقاري.

دعاوي الأحوال الشخصية : مثل الطلاق والزواج ونظام الأموال بين الزوجين

الدعاوي المتعلقة بالجنسية : الفصل 8 من مجلة الجنسية .

دعاوي الإكساء بالصيغة التنفيذية : 317 من م.م.م.ت " يطلب الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي باستدعاء الخصم المراد التنفيذ عليه للمحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقره إن وجد وإلا فلدى المحكمة الابتدائية التي يجب إجراء التنفيذ بدائرتها ."

الدعاوي التجارية : بين تاجرين فيما يتعلق بنشاطهم التجاري.

<u>ثانيا : التركيبة الفردية :</u>

تتعلق التركيبة الفردية باختصاصات منحها المشرع إما لرئيس المحكمة الابتدائية أو لقضاة متخصصين .

- **<u>اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية :</u>**

يختص رئيس المحكمة الابتدائية إما بطريقة قضائية أو بطريقة ولائية .

- <u>الاختصاص القضائي لرئيس المحكمة الابتدائية :</u>

ينظر رئيس المحكمة الابتدائية في النزاع وفقا لمبدئي المواجهة واحترام حق الدفاع فتكون بذلك الإجراءات بمحضر الطرفين أو من يمثلهما ويشمل الاختصاص القضائي القضاء الاستعجالي ونزاعات الملكية التجارية والتقاديم ويباشر رئيس المحكمة هذه الاختصاصات بنفسه أو ينيب أحد القضاة التابعين له.

- القضاء الاستعجالي : وذلك باتخاذ تدابير وقتية عند التأكد في انتظار صدور حكم في الأصل.

التأكد : وجود خطر يهدد الحق

عدم المساس بالأصل : الحكم على ظاهر الأوراق دون اتخاذ موقف من أصل الحق.

عند شدة التأكد يمكن أن يتم الاستدعاء لدى القاضي الاستعجالي في نفس اليوم أي من ساعة إلى أخرى حسب الفصل 206.

الأحكام التي تصدر في إطار القضاء الاستعجالي تكون قابلة للتنفيذ بعد 24 ساعة من الإعلام بها ويمكن التنفيذ على المسودة في حالة شديد التأكد.

الطعن بالاستئناف في الحكم الاستعجالي لا يوقف تنفيذه .

- ✓ الاختصاص الولائي لرئيس المحكمة الابتدائية :

العمل الولائي هو الذي يصدر عن القاضي دون أن يتعلق بفصل نزاع وإنما هو إجراء معين دون حاجة لسماع الطرفين إذ لا يخضع للعلنية والمواجهة والتعليل ومن أبرز هذه الوظائف الولائية لرئيس المحكمة الأوامر بالدفع والأذون على المطالب والحالة المدنية :

- ▪ الأوامر بالدفع :

الفصل 59 : هو أمر يصدره رئيس المحكمة للمدين بدين ثابت وحال بتسديد هذا الدين ويختص رئيس المحكمة كلما تجاوز الدين 7 آلاف دينار وكان الأمر يتعلق بدين له سبب تعاقدي أو كان الالتزام فيه ناتجا عن شيك أو كمبيالة أو سند لأمر أو عن كفالة في إحدى هاتين الورقتين الأخيرتين.

ويصدر الإذن بناء على مطلب في نظيرين يرفق بسند الدين وبعد صدور تنبيه على المدين يرفق بنسخة من سند الدين بواسطة عدل منفذ بتسديد ما بذمته في أجل 5 أيام وإلا يتم إجراءات الأمر بالدفع ولا يشترط الإنذار المسبق إذا كان الدين لا يتجاوز 150 د .

استئناف الأوامر بالدفع يوقف تنفيذها غير أن لهذا المبدإ استثناءات ثلاثة :

الاستثناء الأول : الأوامر بالدفع المتعلقة بأداء كمبيالة أقيم بشأنها احتجاج بعد الخلاص.

الاستثناء الثاني : يتعلق بالشيكات التي أقيم احتجاج بعدم خلاصها.

الاستثناء الثالث : يهم الأوامر بالدفع التي تصدر لفائدة نقابة المالكين بالنسبة للعمارات الفصل 97 من م.ح.ع.

ويتميز الأمر بالدفع بأنه لا يمكن تقديمه إلا مرة واحدة فإذا رفض لأي سبب كان فلا يبقى من حق الدائن إلا القيام لدى محكمة الأصل بإتباع إجراءات المواجهة (الفصل 36 / 64) .

- ▪ الأذون على المطالب / الأذون على العرائض :

الفصول 213 وما يليه من م.م.م.ت : عمل ولائي يتولى بموجبه رئيس المحكمة أو من ينوبه بناء على مجرد مطلب كتابي الإذن باتخاذ الوسائل الكفيلة لحماية الحقوق بصفة تحفظية ووقتية دون المساس بالأصل.

الإذن على عريضة صنفان الصنف الأول يتعلق بحالات محددة قانونا كتعيين مصف للتركة (135 م.ح.ع) أو الإذن ببيع منقولات معقولة تحفظيا أو بيع منقول موضوع رهن (247 م.ح.ع) ، أو الإذن بتأمين مال أو سحب مال من الخزينة العمومية أما الصنف الثاني فهو عام يشترط وجود خطر ملم بالحق يقدر توفره القاضي مثل إذن في إجراء اختبار لمعاينة أضرار بعقار.

لا تقبل الأذون على العرائض الطعن بالاستئناف ولكن تقبل طلب الرجوع فيها في إطار قضية استعجالية لدى نفس المحكمة في أجل لا يتجاوز 8 أيام من تاريخ العلم به ويكون الحكم الذي يصدر في طلب الرجوع في الإذن على عريضة معللا وقابلا للاستئناف.

تقبل الأذون التنفيذ حالا بواسطة عدل منفذ بمجرد الإعلام بها (220 من م.م.م.ت).

- الحالة المدنية : يختص رئيس المحكمة الابتدائية بالنظر في مطالب إصلاح رسوم الحالة المدنية بتدارك النقص أو الأخطاء الواردة بهذه الرسوم وفي مطالب ترسيم الولادات التي لم يتم الإعلام بها خلال 10 أيام التي تلي الولادة والوفيات التي لم يتم الإعلام بها خلال 3 أيام من تاريخ الوفاة وكذلك في مطالب إسناد اسم أب أو اسم جد ولقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب.

➢ **قضاة متخصصين :**

- قاضي الضمان الاجتماعي :

القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 : النظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق الأنظمة القانونية للضمان الاجتماعي في القطاعين الخاص والعام باستثناء النزاعات المتعلقة بحوادث الشغل والأمراض المهنية التي هي من اختصاص قاضي الناحية.

- القاضي المكلف بتوزيع الأموال وترتيب درجة الدائنين :

إذا كان المتحصل بموجب العلقة غير كاف لخلاص الدائنين فإنه يتعين توزيعه بالتراضي وفي صورة عدم الاتفاق يقع تأمينه بالخزينة العامة على ذمة الدائنين العاقلين والمعترضين ويتعهد القاضي المكلف بتوزيع الدين بعد ترتيب الديون الممتازة والديون العادية ويحرر في ذلك لائحة تقبل الاعتراض لدى المحكمة الابتدائية.

- القاضي المكلف بتوزيع ثمن بيع الأصل التجاري :
- القاضي المنتدب للفلسة :

تتمثل وظيفة أمين الفلسة في القيام بالإشهارات القانونية للفلسة ووضع الأختام على محلات المفلس وممتلكاته وجرد ممتلكاته وديونه .

- قاضي الأسرة : تم إحداثها بموجب مجلة حماية الطفل في 9 نوفمبر 1995 وهو يختص بالنظر أساسا في وضعية الطفل المهدد. وتتميز الإجراءات ببساطتها وعدم وجوبية إنابة محامي.

وتنفذ قرارات قاضي الأسرة فورا وهي قابلة للمراجعة وهي غير قابلة للاستئناف إلا ما تعلق بالقرارات التي تفصل الطفل عن عائلته فهي تقبل الطعن بالإستئناف في أجل 10 أيام من صدورها.

ولقاضي الأسرة كذلك إجراء المحاولات الصلحية في قضايا الطلاق واتخاذ ما يهم الحضانة والنفقة والسكنى.

- قاضي السجل التجاري :

ينظم وظائفه وفق القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 والمتعلق بالسجل التجاري فهو مكلف بالإشراف على السجل التجاري وعلى الترسيمات بالسجل وإصدار

قرارات بإلزام التاجر سواء أ كان ذات طبيعية أو معنوية باتباع إجراءات التسجيل والبت في الصعوبات التي تنشأ بمناسبة الترسيم بالسجل التجاري.

ويتم الإعلان بقرارات قاضي السجل التجاري من طرف كاتب المحكمة بواسطة مكاتيب مضمونة الوصول وهذه القرارات تقبل الاعتراض لدى المحكمة الابتدائية بتركيبتها المجلسية في أجل 15 يوما من تاريخ الإعلام بها.

- قاضي المؤسسة : تتعلق بالإجراءات الجماعية لإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية .
- قاضي التقاديم .

- **الهيئات القضائية المتخصصة :**

أولا : قاضي الناحية :

تتميز بتركيبتها الفردية وتعد حاليا 86 محكمة ناحية وينظم اختصاص قاضي الناحية الفصل 39 من م.م.م.ت إضافة إلى نصوص أخرى ولقاضي الناحية وجهان من الاختصاص اختصاص قضائي واختصاص ولائي.

- الاختصاص القضائي لقاضي الناحية : له نوعان من الاختصاص القضائي اختصاص عام واختصاص حصري دون غيره.
- الاختصاص العام : ينظر قاضي الناحية ابتدائيا إلى نهاية 7 آلاف دينار في الدعاوي المدنية الشخصية والدعاوي المتعلقة بمنقول ومطالب أداء الديون التجارية والدعوى الشخصية (الفصل 20).

وينظر قاضي الناحية استعجاليا في مطالب إيقاف تنفيذ أحكامه المعترض عليها وفي الصعوبات الناشئة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ومطالب التمكين من نسخة تنفيذية ثانية حسب مقتضيات الفصل 254 من م.م.م.ت.

- الاختصاص الحصري : ينفرد به دون غيره مهما كانت قيمة النزاع وذلك ابتدائيا في الدعاوي الحوزية وفي قضايا النفقة التي ترفع بصفة أصلية والنزاعات المتعلقة بالتعويض في مادة حوادث الشغل والأمراض المهنية.

- الدعوى الحوزية :

الفصول 51 وما بعد من م.م.م.ت. : هي القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو حق عيني على عقار بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال وفيما عدى صورة افتكاك الحوز بالقوة فإن القيام بالدعوى الحوزية لا يقبل إلا عند توفر ثلاثة شروط : أول هذه الشروط أن يكون الطالب حائزا منذ عام على الأقل عند وقوع الشغب أو إفتكاك الحوز منه وثاني هذه الشروط يجب أن يكون لم يسكت مدة عام من تاريخ وقوع ذلك الشغب أو إفتكاك الحوز منه وثالث هذه الشروط أن يكون هذا الحوز مستمرا ودون التباس وعلني وبصفة مالك وإذا وقع ارتكاب الحوز بالقوة فإنه يمكن القيام جزائيا.

ولا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت حق الملكية أو نفيه إذ أن النظر في الملكية هو من مشمولات المحكمة الابتدائية دون غيرها وذلك في نطاق دعوى استحقاق غير أن لقاضي الناحية أن يتأمل في الأدلة المدلى بها من الطرفين.

ومن وقع القيام ضده بدعوى الحوز لا يمكنه القيام بدعوى استحقاقية إلا بعد البت في دعوى الحوز وإن حكم ضده في الحوز فله أن ينفذ الحكم ثم القيام بدعوى الاستحقاق.

وتهم الدعوى الحوزية بم.م.م.ت العقارات غير المسجلة فهي التي تقبل الحوز وتخضع لآجال التقادم أما في العقارات المسجلة فإن الحوز دائما بيد المالك لذلك فالقيام بدعوى كف شغب غير مقيد بأجل بالنسبة للعقارات المسجلة حسب الفصل 307 من م.ح.ع لذلك فدعوى كف الشغب على معنى الفصل 307 من م.ح.ع تقوم على ثبوت الملكية وهي لا تتأثر بعامل الزمن أما الدعوى الحوزية على معنى م.م.م.ت فهي تقوم على قرينة ملكية بسيطة تتأثر بعامل الزمن.

وتختلف الدعوى الحوزية عن دعوى رفع الضرر فالأولى تهدف إلى حماية حوز عقار والتصدي لكل ما يعد تعد على هذا الحوز أما دعوى رفع الضرر فهي تهدف إلى حماية حقوق الذات البشرية بصفة عامة وبمختلف أشكالها وهي دعوى غير مقدرة من اختصاص المحكمة الابتدائية.

- مادة النفقة : يختص قاضي الناحية في قضايا النفقة التي ترفع بصفة أصلية مهما كان المبلغ المطلوب وتنفذ هذه الأحكام بقطع النظر عن الاستئناف نظرا لصبغتها المعاشية وتتمتع بالحماية الجزائية فتوقف النفقة لمدة شهر يتولد عنه جريمة إهمال عيال حسب الفصل 53 من م.أ.ش.
- مادة حوادث الشغل والأمراض المهنية :

بالنسبة للقطاع الخاص فقد نص عليه القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 وبالنسبة للقطاع العام ينص عليه القانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 .

إذ يختص قاضي الناحية في النزاعات المتعلقة بحوادث الشغل والأمراض المهنية وجبر الأضرار الناجمة عنها مهما كان مقدار الطلب وفي النزاعات المتعلقة بإسداء مصاريف علاج ومصاريف الدفن.

- **الاختصاص الولائي** :

بالنظر في الأمر بالدفع والأذون على عرائض في حدود اختصاصه وكذلك في المصادقة على عقود الكفالة والبت في مطالب التبني وتسليم شهادات الجنسية .

ثانيا : دائرة الشغل :

عمليا تم تعميم إحداث دوائر الشغل لدى سائر المحاكم الابتدائية فهي تندرج ضمن الهيئات المتخصصة التي تختص بالنظر في النزاعات الفردية بين المؤجرين والعمال بمناسبة عقد شغل أو عقد تدريب وفي النزاعات بين العمال بمناسبة عقد شغل.

وتنظر مهما كان المبلغ المطلوب بإجراءات مبسطة ونيابة المحامي غير وجوبية.

ويختص رئيس دائرة الشغل في النظر استعجاليا في الصعوبات التنفيذية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عنه وعن محكمة الاستئناف (ف 220 م الشغل) وتتألف دائرة الشغل من قاض وعضوين أحدهما من الأعراف والثاني من العملة.

<u>ثالثا : المحكمة العقارية</u> : البت في مطالب التسجيل في إطار مطلب تسجيل اختياري أو في إطار المسح الإجباري كما تختص بتخليص الرسوم من الجمود .

وأحكام المحكمة العقارية نهائية الدرجة ولا تقبل الطعن إلا بالتعقيب.

- **<u>مرجع النظر الترابي</u>** :

على عكس قواعد الاختصاص الحكمي فإن قواعد الاختصاص الترابي يمكن الاتفاق على مخالفتها فهي لا تهم النظام العام ويجب إثارتها من قبل الخصوم قبل الخوض في الأصل وفق ما ينص عليه الفصل 14 من م.م.م.ت إذ لا تهم غير مصالح الخصوم.

<u>في تحديد المحكمة المختصة ترابيا يوجد مبدأ واستثناءات :</u>

<u>المبدأ : مقر المدعي عليه :</u> ويمكن أن يكون المقر الأصلي أو المقر المختار حسب ما ينص عليه الفصل 7 وفي حالة تعدد المطلوبين فإن يمكن الخيار بين مقر أحدهم (الفصل 30 فقرة ثانية) وإذا كان المطلوب غير معلوم المقر أو مجهول المقر مطلقا فإن الدعوى ترفع أمام محاكم تونس العاصمة أما إذا كان المطلوب في الخارج فالمحكمة التي بدائرتها الطالب وإذا كان المطلوب والطالب بالخارج فالدعوى ترفع أمام محاكم تونس العاصمة.

<u>الاستثناء :</u>

+ الدعاوي التي تكون الدولة طرفا فيها : الفصل 32 من م.م.م.ت لدى المحاكم المنتصبة بتونس.

+ دعوى الرجوع بضمان الاستحقاق والدعوى الحوزية والدعاوي المتعلقة بالأكرية التجارية بالمحكمة الكائن بدائرتها العقار : 37 و 38 من م.م.م.ت و الفصل 28 من قانون 1977.

+ دعوى الإفلاس : المحكمة بدائرتها محل الاستغلال الأصلي : 35 من م.م.م.ت

+ دعوى التركة لدى المحكمة التي افتتحت بدائرتها التركة 34

+ نزاع الشركات والجمعيات لدى المحكمة التي بدائرتها مقر الجمعية أو الشركة أو أحد فروعها : الفصل 33 .

<u>2) محاكم الدرجة الثانية :</u>

تختص المحاكم الاستئنافية بوصفها محاكم درجة ثانية بإعادة النظر في الأحكام الابتدائية الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى التابعة لها بالنظر بهيئة ثلاثية لإعادة النظر في النزاع

المعروض عليها في حدود ما تسلط عليه الاستئناف وفي حدود الإطار الذي نظرت فيه محكمة الدرجة الأولى إذ لا يمكن إثارة مسائل جديدة لدى الاستئناف إلا إذا تعلقت بالنظام العام.

تختص كذلك محكمة الاستئناف بالنظر في استئناف المقررات الصادرة من الهيئات المهنية كالطعون في القرارات الصادرة من هيئة الأطباء والصيادلة والمهندسين.

لرئيس المحكمة الاستئنافية وظيفة تتمثل في في النظر في مطالب إيقاف تنفيذ الأحكام الاستعجالية ومطالب إيقاف تنفيذ الأحكام الابتدائية المستأنفة والصادرة في الأصل والمأذون فيها بالتنفيذ الوقتي.

وتنتصب المحكمة الابتدائية كمحكمة استئناف للأحكام الصادرة من قضاء النواحي والأحكام الصادرة عن قاضي التقاديم وقاضي الضمان الاجتماعي.

ب) محكمة التعقيب :

1) الوظيفة الأصلية لمحكمة التعقيب :

تنظر محكمة التعقيب في الأحكام النهائية وذلك ضمانا لحسن تطبيق القانون وحسن تأويله وتتركب كل دائرة من دوائر محكمة التعقيب من رئيس ومستشارين وتصدر قراراتها بحجرة الشورى بمحضر ممثل من النيابة العمومية كاتب المحكمة.

وتتركب الدوائر المجتمعة من رئيس أول ورئيس كل دائرة وأقدم مستشار لكل دائرة إضافة إلى وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب وكاتب المحكمة ويوجد حاليا 22 دائرة تعقيبية.

وتلتئم الدوائر المجتمعة في الحالات التالية : أولا عند الطعن بالتعقيب للمرة الثانية ولنفس السبب وثانيا بدعوى من رئيسها لتصحيح خطأ بين وثالثا بطلب من الرئيس الأول لمحكمة التعقيب لتوحيد فقه القضاء داخل محكمة التعقيب ذاتها.

وتصدر محكمة التعقيب صنفين من القرارات :

الصنف الأول القرارات الصادرة بالرفض الرفض شكلا وذلك عند عدم احترام إجراءات الطعن بالتعقيب وشروطه والرفض موضوعا.

الصنف الثاني القرارات بالنقض وهي ثلاث أوجه أولها قرار النقض بدون إحالة (انتفاء موجب الإحالة فتكتفي محكمة التعقيب بإلغاء الحكم المطعون فيه) وثانيها قرار النقض مع الإحالة (تلغي الحكم المطعون فيه وترجع القضية لنفس محكمة الدرجة الثانية لتعيد النظر فيها مجددا بهيئة أخرى كما يمكن أن تحيل القضية على محكمة أخرى من نفس الدرجة) وثالث هذه الوجوه التصدي للأصل والبت فيه اختزالا للإجراءات وهي حالة اختيارية لمحكمة التعقيب (الفصل 176 من م.م.م.ت) .

في جميع الحالات فإن القرار الذي تصدره محكمة التعقيب غير ملزم لمحاكم الأصل وبالأخص فهي لا تقيد محكمة الإحالة وذلك باستثناء محكمة الإحالة التي تتعهد من قبل الدوائر المجتمعة التي تتقيد بهذا الرأي (الفصل 191 من م.م.م.ت).

2) بقية وظائف محكمة التعقيب :

لمحكمة التعقيب وظائف أخرى تتمثل في مؤاخذة الحكام والتعديل بين المحاكم.

بالنسبة لمؤاخذة الحكام (199 – 200 م.م.م.ت) عند مخالفة القضاة لواجب الحياد والأمانة

بالنسبة للتعديل بين المحاكم (198) تعيين المحكمة المختصة عند وجود تنازع إيجابي إذا حكمت محاكم متعددة الدرجة في قضية واحدة بكونها من نظرها أو تنازع سلبي إذا حكمت عدة محاكم متعددة الدرجة بعدم دخول القضية في مشمولات أنظارها.

الفصل الثاني : الدعوى القضائية :

المبحث الأول : النظام العام للدعوى القضائية :

الفقرة الأولى : تصنيف الدعاوى :

أ) من حيث الموضوع :

يصنف الفصل 20 الدعاوي من حيث موضوعها إلى أربعة أصناف :

- الدعوى الشخصية متعلقة بحق شخصي أو علاقة مديونية أي أنها مبنية على التزام شخصي مصدره القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة ويتحدد الاختصاص الحكمي لهذه الدعوى بحسب قيمة الطلب وإذا كان غير قابل للتقدير فالاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية
- الدعوى المتعلقة بمنقول القصد منها استحقاق شيء منقول بطبيعته أو بحكم القانون ويتحدد مرجع النظر الحكمي حسب قيمة المنقول وقت رفع الدعوى
- الدعوى الاستحقاقية الدعاوي التي تستند إلى حق عيني عقاري وهي من اختصاص المحكمة الابتدائية
- الدعوى المختلطة هي المبنية في آن واحد على حق عيني عقاري وحق شخصي .

ب) من حيث شكلها :

- الدعوى الأصلية : يباشرها المدعي وتتعهد بموجبها المحكمة بالنزاع وتتضمن الطلبات الرئيسية ويتحدد على ضوءها مرجع النظر الحكمي والترابي.
- الدعوى العارضة أو الفرعية : الطلبات الإضافية التي تصدر عن المدعي تسمى الدعوى الفرعية.

الفصل 226

يمكن للطالب ما دامت القضية بصدد التحضير أن يدعي في صورة دعوى عارضة أو فرعية بأية دعوى متعلقة بالدعوى الأصلية ولا تقبل إلا إذا كانت أسبابها موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية.

تتميز هذه الدعوى بأنها غير مستقلة عن الدعوى الأصلية عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل.

الفصل 228

يحكم في الدعاوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة مع الدعوى الأصلية.

ويحدد الاختصاص الحكمي وفق ما يقتضيه الفصل 26 الذي ينص على أنه إذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإن تلك الفروع تضاف لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم.

- الدعوى المعارضة [26] : الفصلان 28 و 227 من م.م.م.ت : الدعوى التي يقوم بها المدعي عليه لرد الدعوى الأصلية أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطلب غرم الضرر المتولد له عن القضية.

الفصل 227

حق القيام بدعوى المعارضة مختص بالمطلوب ويمكن عرضها ما دامت القضية بصدد التحضير ولا تقبل هذه الدعوى إلا إذا كان المقصود منها الدفاع لرد الدعوى الأصلية أو المقاصة أو طلب غ رم الـ ضرر المتسبب عن النازلة.

الفصل 28 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل1980)

دعوى المعارضة هي التي يقوم بها المطلوب للمدافعة عن نفسه في دعوى موجهـ ـة عليـ ـه بقـ صد معارضة طالبه بما يطلبه منه أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطالب غرم في مقابل الـ ضرر المتـ سبب عـ ن القضية، ولا تضاف تلك الدعوى للدعوى الأصلية فيما يخص تحرير مقدار درجة الحكم لكن إذا كانت إحدى الدعويين تتجاوز مقدار ما يحكم فيه نهائيا فإن الحكم يكون ابتدائيا في الكل.

الدعوى المعارضة لا تضاف للدعوى الأصلية في تقدير مرجع النظر الحكمي إذ هي مستقلة عنها ولا يمكن القيام بها لدى الاستئناف احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين ولكنها تؤثر في الاختصاص الحكمي (دعوى أصلية لدى محكمة الناحية – تجاوزت الدعوى المعارضة مبلغ 7 آلاف دينار – قاضي الناحية لا بد أن يتخلى عن الدعويين لعدم الاختصاص الحكمي) وفق ما ينص عليه الفصل 29 من م.م.م.ت الذي يكرس استثناء وحيدا متعلقا بالتصدي للتحايل على الإجراءات :

---

[26] قرار تعقيبي عدد 35401 في 28 سبتمبر 1992 : " المقصود منها هو الدفاع لرد الدعوى الأصلية وهي الدعوى التي لا ترمي إلى تغيير طبيعة الدعوى الأصلية وإنما هي على صلة وثيقة بها ومرتبطة بها بصورة تجعل من المصلحة النظر فيها أمام محكمة واحدة لكي تفصل فيها معا توفيرا للوقت والمصاريف. " نشرية محكمة التعقيب 1992 ، ص 43.

الفصل 29 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

إذا وقع القيام بدعوى المعارضة لدى قاضي الناحية وكان مقدارها متجاوزا حد ما يحكم فيه فعليه إعلان عدم اختصاصه بالنظر في كل من الدعويين.

ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كانت دعوى المعارضة متعلقة بغرم ما نشأ عن الدعوى الأصلية من الضرر وإذا ظهر للقاضي أن القائم بدعوى المعارضة تعمد الزيادة فيها قصد إخراج القضية عن نظره فإنه يرد القيمة إلى نصابها ويفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى.

الفقرة الثانية : مباشرة الدعوى :

تخضع الدعوى في مباشرتها لشروط تتعلق بالقيام بها وطرق للتصدي لها.

أ) شروط القيام :

الفصل 19

حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام.

غير أنه في المادة الاستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم.

ومن واجب المحكمة رفض الدعوى إذا تبين لها من أوراق القضية أن أهلية القيام بها منعدمة أو لم تكن للطالب صفة القيام بها.

غير أنه إذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل عند القيام فان تلافيه أثناء نشر القضية يصحح الدعوى.

وتقضي المحكمة فيما وقعت إثارته في هذا الشأن طبق ما هو مبين بالفصل 16.

المصلحة : المنفعة ويجب أن تكون مشروعة ويبيحها القانون "لا قيام دون مصلحة " المصلحة مشترطة وقت القيام وطيلة مدة التقاضي وبالنسبة لكل طعن أو دفع أو طعن.

الصفة : تمارس الدعوى من صاحب الحق أو ممثله القانوني.

الأهلية : 18 سنة كاملة ويدخل الفصل 19 استثناء متعلقا بقبول القيام من القاصر المميز في المادة الاستعجالية.

ب) أوجه التصدي للدعوى :

يتم التصدي للدعوى عن طريق الدفوع وتصنف إلى ثلاثة أصناف : دفوع موضوعية ودفوع بعدم القبول ودفوع شكلية :

- الدفوع الموضوعية : تتعلق بذات الحق المتنازع فيه ومن حق المدعي عليه التمسك بها في جميع مراحل الدعوى لدى محكمة الأصل.

- الدفوع بعدم القبول : تتعلق بالشروط الواجب توفرها للقيام بالدعوى مثل الدفع بعدم الصفة أو بسقوط الدعوى بمرور الزمن أو بعدم حلول أجل الوفاء بالتزام أو وجود شرط فهي تتعلق بأسباب تسبق الدعوى وتحول دون قبولها وهذه الأسباب يمكن تداركها أثناء نشر القضية بإصلاحها كناقص الأهلية الذي يترشد.
- الدفوع الشكلية : المنازعة في صحة الإجراءات وتهدف إلى الحكم برفض الدعوى أو بالتخلي عنها دون الخوض في أصل الحق مثل الدفع ببطلان عريضة الدعوى أو بعدم اختصاص المحكمة ترابيا أو حكميا أو الدفع بسبق النشر أو بالدفع بالارتباط وهذه الدفوع يجب إثارتها قبل الخوض في الأصل إلا ما تعلق بالنظام العام فيمكن إثارته في أي طور من أطوار الدعوى.

<u>المبحث الثاني : مراحل الدعوى :</u>

تشهد القضية عديد الأطوار التي تؤدي لصدور الحكم.

<u>الفقرة الأولى : مراحل صدور الحكم :</u>

أ) الطور التحضيري :

1 / رفع الدعوى :

يخضع رفع الدعوى لقواعد ذات صبغة أساسية يترتب عن عدم احترامها جزاء معين.

- إجراءات رفع الدعوى :
  - مواعيد محددة : تقدر باليوم والساعة والشهر (143 من م.إ.ع).
  - قواعد شكلية محددة :

الفصل 68 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

إنابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية ومقر المحامي يعتبر مقرا مختارا لمنوّبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها.

الفصل 69 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ وتتعدد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين.

الفصل 70 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

يجب أن يبين بعريضة الدعوى إسم كل واحد من الخصوم ولقبه ومهنته ومقره وصفته وعند الاقتضاء عدد الترسيم بالسجل التجاري ومكانه ووقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها القانونية والمحكمة الواقع الاستدعاء للحضور لديها وتاريخ الحضور سنة وشهرا ويوما وساعة.

وإن كان الخصم شخصا معنويا يجب أن يشتمل المحضر على إسمه ومقره الإجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

كما يجب أن تتضمن العريضة التنبيه على المستدعى بتقديم جوابه كتابة مصحوبا بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعينة لها القضية وإلا فإن المحكمة تنظر فيها حسب أوراقها.

ولا يمكن أن يقل ميعاد الحضور عن واحد وعشرين يوما إذا كان للخصم مقر بالبلاد التونسية وعن ستين يوما إذا كان مقره بالخارج وكذلك بالنسبة إلى الدولة والمؤسسات العمومية.

الفصل 5

كل استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

الفصل 6 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

يجب أن تشتمل المحاضر التي يحررها العدول المنفذون على ما يأتي:

أوّلا: التاريخ الذي حصل فيه الإعلام يوما وشهرا وسنة وساعة.

ثانيا: اسم الطالب ولقبه ومهنته ومقره المختار وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه إن كان تـاجرا واسم من يمثله إن وجد ولقبه ومهنته ومقره.

وإذا كان الطالب شخصا معنويا، يجب أن يشتمل المحضر على اسـمه ومقـره الاجتمـاعي وشـكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

ثالثا: اسم العدل المنفذ والمحكمة التي يعمل بدائرتها.

رابعا: اسم الموجه إليه الإعلام ولقبه ومهنته ومقره وإن لم يكن له مقر معلوم وقت الإعلام فآخر مقر إقامة كان له وعند الاقتضاء عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

وإذا كان الموجه إليه الإعلام شخصا معنويا يجب أن يشتمل المحضر على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعند الاقتضاء عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

4

خامسا: إسم من سلم إليه الإعلام وإمضاؤه أو وضع علامة إبهامه على الأصل أو تـسجيل امتناعـه وسببه.

سادسا: إمضاء العدل المنفذ وختمه على كل من الأصل والنظير.

سابعا: بيان مصاريف الإعلام وأجره بكل من الأصل والنظير.

ثامنا : العدد الرتبي للمحضر بمكتب العدل المنفذ.

- جزاء مخالفة هذه القواعد :

ينص على ذلك الفصل 71 :

الفصل 71 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

تبطل عريضة الدعوى :

أولا : إذا وقع فيها خطأ أو نقص في بيان اسم ولقب المدعى عليه أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو إذا لم تقع مراعاة مواعيد الحضور.

ثانيا : إذا لم يقع التنبيه على المدعى عليه بما أوجبته الفقرة الثانية من الفصل 70 أو لـم تبلـغ إليـه نسخة من مؤيدات الدعوى.

ويزول البطلان بحضور المدعى عليه أو محاميه إذا كان الخلل من الصنف الوارد بـالفقرة الأولـى وبتقديم الجواب عن الدعوى إذا كان الخلل موضوع الفقرة الثانية.

وعلى المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان عريضة الدعوى إذا تبين بطلانها وذلك عند تخلـف المدعى عليه أو محاميه عن الحضور أو عن تقديم الجواب بحسب الأحوال.

هذه القواعد المقررة بالإجراءات لدى المحكمة الابتدائية تنطبق لدى محكمة الدرجة الثانية غير أنه توجد جزاءات أخرى بخلاف البطلان.

البطلان يتولد عن الخلل في الإجراءات بمختلف أشكالها

السقوط ينال الدعوى برمته عند عدم مباشرتها في الأجل القانوني فيفقد الشخص الحق نهائيا في الالتجاء إلى القضاء فإن كان البطلان يجيز التدارك إما أثناء نشر القضية أو بالقيام بقضية جديدة فهذا الأمر غير ممكن في حالة السقوط.

السقوط يتميز في آجاله بعدم قابليتها للقطع والتعليق على عكس آجال البطلان كما أن المسقطات تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها إذ تهم النظام العام أما المبطلات فلا تثيرها المحكمة إلا إذا نص القانون على ذلك وتعلق الأمر بالإخلال بإجراء أساسي.

2 / تهيئة القضية للحكم :

بعد نشر القضية بكتابة المحكمة تمر الدعوى بمراحل عادية قد تتعرض لعوارض تؤثر في سيرها العادي.

- المراحل العادية :

تتوزع فيها المهام بين الطرفين من جهة والمحكمة من جهة أخرى.

- بين الطرفين :

إذا كلف المدعي عليه محام فهذا الأخير يعلم ذلك بصفة أصلية ومباشرة أو بواسطة عدل منفذ ويمكنه من نسخة من تقريره قبل إضافته لملف القضية ويستمر محاموا الطرفين في تبادل التقارير بينهم دون إجراءات خاصة سوى إمضاء كل منهم على توصله بما قدمه له زميله.وتضاف نسخ من الملحوظات والوثائق لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة للمرافعة بعشرة أيام على الأقل بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة أيام على الأقل بالنسبة لمحامي المدعي عليه وفي الأثناء يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها حسب ما تقتضيه مصلحته.

وعندما تصبح القضية جاهزة للحكم تقرر المحكمة تعيينها لجلسة المرافعة بطلب من الطرفين أو بمبادرة منها.

- المحكمة :

للقاضي المقرر إجراء كل ما يراه مناسبا لغاية الوقوف على الحقيقة من تسليط لليمين الإستيفائية والإذن بإتمام اليمين الحاسمة كذلك إجراء الاختبارات وسماع الشهود .

- عوارض الدعوى :

يتأثر السير العادي للدعوى بتدخل الغير إذا كان النزاع يهمه أو عند تعطل السير العادي للدعوى.

- التداخل : الفصلان 224 و 225 :

من حق الغير التداخل في القضية لحماية مصالحه ولهذا التداخل وجهان وجه اختياري ووجه إجباري : التداخل التلقائي يقرر فيه الغير الانضمام للقضية ويباشر الإجراءات في ذلك.

أما التداخل الإجباري فهو الإدخال إذ يتم إقحام الغير في النزاع إما بطلب من أحد الخصوم أو مباشرة بإذن من المحكمة.

وطلب التداخل أو الإدخال يقع بنفس الإجراءات التي ترفع بمقتضاها الدعوى لدى المحكمة المتعهدة بالقضية ويجب أن يتم في كل الحالات قبل تعيين القضية في جلسة المرافعة.

- تعطل سير الدعوى :

يتعطل السير الطبيعي للدعوى إما لوجود مساءل أولية تفترض حلها قبل الحسم في الدعوى أو لوجود معطلات للقضية في حد ذاتها يصطلح عليها بمعطلات النوازل.

المسائل الأولية : هي ما يثار لدى المحكمة من إشكالات تخرج عن اختصاصها كرفع الحصانة مثلا فيتعطل مؤقتا النظر في القضية.

معطلات النوازل : تنظمها مجلة المرافعات في الفصول من 241 إلى 247 منها.

ب) طور المرافعة والتصريح بالحكم :

بعد انتهاء تقديم الملحوظات والمؤيدات تعين القضية لجلسة المرافعة فيترافع محاميا الطرفين على ضوء التقارير الكتابية التي تم تقديمها إذا رغبا في ذلك وإلا فإن كل منهما يكتفي بالتمسك بتقريره وطلباته الكتابية.

وتكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من النيابة العمومية أو من أحد الخصوم إجراءها سرا وإثر المرافعة تحجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم ويمكن للتصريح أن يتم بالجلسة نفسها أو في جلسة مقبلة.

الفقرة الثانية : الحكم ووسائل الطعن فيه :

أ) الحكم : يخضع الحكم إلى شروط إجرائية وشروط شكلية.

تتمثل الشروط الإجرائية في أنه باستثناء التركيبة الفردية والخماسية الاستثنائية فإن الحكم يصدر من ثلاثة قضاة بأغلبية الآراء فيطلب الرئيس من القاضيين رأيهما مبتدأ بأقلهما أقدمية ولا يبدي رأيه إلا بعدهما وذلك تجنبا لأي تأثير على رأي زميله وإذا تكون أكثر من رأيين فالقاضي الأقل أقدمية ملزم بالانضمام لأحد الرأيين الذين أبداهما زميلاه وتكون المفاوضة سرية ولا يشارك فيها غير القضاة الذين حضروا المرافعة وبعد حصول الأغلبية تحرر لائحة في نص الحكم ومستنداته يمضيها القضاة المتفاوضون تكتسي صبغة نهائية بعد النطق بها بجلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين أمضوها.

يوجب الفصل 122 كذلك تحرير نسخة أصلية للحكم طبق موجبات الفصل 123 في أجل لا يتجاوز 10 أيام من تاريخ صدوره وإمضاءها من طرف القضاة الذين أصدروا الحكم.

أما الشروط الشكلية فهي منصوص عليها بالفصل 123 من م.م.م.ت .

الفصل 123 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل1980)

يجب أن يضمن بكل حكم :

أولا : بيان المحكمة التي أصدرته.

ثانيا : أسماء وصفات ومقرات الخصوم.

ثالثا : موضوع الدعوى.

رابعا : ملخص مقالات الخصوم.

خامسا : المستندات الواقعية والقانونية.

سادسا : نص الحكم.

سابعا : تاريخ صدوره.

ثامنا : اسم الحاكم أو أسماء الحكام الصادر عنهم.

28

تاسعا : بيان درجة الحكم.

عاشرا : تحرير مجموع المصاريف إن أمكن ذلك.

1

تم تحديد كيفية ضبط المصاريف وعلى من تحمل في الفصلين 128 و 129 .

شرح الحكم غير الواضح : 124 من م.م.م.ت.

ب) طرق الطعن في الأحكام :

تكون الأحكام الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى ابتدائية الدرجة في أغلب الأحيان فتقبل الطعن بالاستئناف وفقا لمبدأ التقاضي على درجتين. ويمكن الطعن بوسائل طعن غير عادية تتمثل في الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب.

1 / الاستئناف :

- شروط الطعن بالاستئناف :
- الشروط الموضوعية :

+ تحديد الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف : يهم جل الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى لأنه من المبادئ الأساسية ويستثنى من ذلك حالات لا يجيز فيها القانون مثل هذا الطعن صراحة مثل الأحكام الصادرة عن المحكمة العقارية والأذون الصادرة عن رئيس المحكمة الاستئنافية لإيقاف التنفيذ لمدة شهر في انتظار صدور الحكم الاستئنافي والأحكام الابتدائية القاضية بالتنفيذ الوقتي خارج الحالات المنصوص عليها بالفصلين 125 و 126 من مجلة المرافعات فقرار إيقاف تنفيذها لمدة شهر غير قابل للاستئناف.

+ موعد الطعن بالاستئناف : حدد الفصل 141 من المجلة أجل الطعن ب 20 يوما من تاريخ الإعلام بالحكم المحكوم ضده ما لم ينص القانون على أجل آخر.
كالطلاق وبطلان الزواج (30 يوما من تاريخ صدور الحكم) وفي الإفلاس (20 يوما من تاريخ صدور الحكم الفصل 454 من المجلة التجارية) أو من تاريخ علم المحكوم عليه بثبوت الزور أو ظهور الحجة أو التغرير وإذا كان الخصم متغيبا فيكون الطعن في أجل 50 يوما من الإعلام بالحكم.

- الشروط الشخصية للاستئناف : حق الطعن بالاستئناف مخول للأشخاص الذين شملهم الحكم المستأنف أي الخصوم أو خلفاءهم أو ممثل النيابة العمومية في الحالات التي نص عليها القانون

- **سير الاستئناف وآثاره :**

- سير الاستئناف :

يخضع الاستئناف في بدايته إلى تحريره عن طريق عريضة دعوى وتبليغ الاستدعاء للخصم وتبادل التقارير بين المحامين وتعيين جلسة المرافعة والتصريح بالحكم.

- آثار الاستئناف :

الأثر التعليقي والأثر الانتقالي للاستئناف.

- المفعول الانتقالي : الفصل 147 من مجلة المرافعات.
- المفعول التعليقي : استئناف الأحكام الابتدائية يعطل مبدئيا تنفيذها مع وجود حالات خاصة مثل الأحكام الاستعجالية والأحكام القاضية بالإفلاس والأحكام الصادرة في مادة النفقة والأحكام المأذون فيها بالتنفيذ الوقتي بإذن من محكمة الدرجة الأولى.

إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي رأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضية لمحكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع كما لها أن تبت في الموضوع الفصل 149 من مجلة المرافعات.

وإذا تم نقض حكم مشمول بالتنفيذ الوقتي حسب الفصلين 125 و 126 أو كان الحكم استعجاليا وسبق التنفيذ فإن محكمة الدرجة الثانية تقضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ الحكم المنقوض (الفصل 150 من المجلة).

2 / الطعون غير العادية :

- الاعتراض :

من لم يتدخل في الدعوى ولم يكن طرفا فيها ومس الحكم بحقوقه يتولد لديه حق استثنائي للطعن فيه هو حق الاعتراض الذي يكون لكل شخص لم يكن طرفا في القضية ولم يسبق استدعاؤه للتداخل فيها ولم يكن خلفا لأحد الطرفين.

- شروط الاعتراض : 169 من المجلة : الاعتراض غير مقيد بأجل يستمر باستمرار الحق المؤسس عليه ويمكن الطعن في الأحكام الصادرة في الأصل ابتدائية أو نهائية الدرجة حتى ولو تم تنفيذها لكن لا يعترض على حكم ابتدائي موضوع استئناف إذ يمكن في هذه الحالة التداخل.

- آثار الاعتراض : لا يعطل الاعتراض تنفيذ الحكم لكن يمكن طلب الإذن بإيقاف التنفيذ إلى أن يتم البت في الاعتراض. ويترتب على الاعتراض إعادة نشر القضية من جديد والنظر فيها في حدود ما تسلط عليه الاعتراض ولا تأثير للحكم بقبول مطلب الاعتراض على غير حقوق المعترض ولا ينتفع بذلك من صدر عليه الحكم المعترض عليه إلا إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة.

- **<u>التماس إعادة النظر :</u>**

هو وسيلة طعن غير عادية لحماية مصالح الطرف المحكوم ضده عند صدور خديعة من خصمه كانت سببا مباشرا للحكم ضده.

- شروطه : لا تقبل الطعن بالالتماس إلا الأحكام النهائية الدرجة وقد حدد الفصل 156 نطاق التماس إعادة النظر في حالات ثلاثة حصرية.

الفصل 156

يمكن الطعن في الحكم النهائي بالتماس إعادة النظر فيه :

أولا : إذا وقعت خديعة من الخصم كان لها تأثير على الحكم ولم يكن المحكوم عليه عالما بها أثناء نشر القضية المطعون في حكمها.

ثانيا : إذا ثبت زور الرسوم أو البيانات الأخرى التي انبنى عليها الحكم بإقرار الخصم أو بحكم وكانت هي السبب الأصلي أو الوحيد في صدوره بشرط أن يكون هذا الثبوت واقعا بعد الحكم وقبل القيام بطلب إعادة النظر.

ثالثا: إذا ظفر الطاعن بعد الحكم بورقة قاطعة في الدعوى كانت ممنوعة عنه بفعل الخصم على شرط أن يكون تاريخ الظفر بها ثابتا.

- إجراءاته : يتم رفع الالتماس حسب الفصل 157 إلى نفس المحكمة الصادر عنها الحكم المطعون فيه وذلك في أجل 30 يوما من تاريخ السبب الداعي للالتماس وهذا الأجل هو أجل سقوط فهو لا يقبل القطع والتعليق ويرفع الالتماس بنفس الطريقة المقررة لرفع الدعوى لدى المحكمة الواقع الالتماس لديها.

ونظرا لصبغته الاستثنائية فإن هذا الطعن لا يعطل تنفيذ الحكم المطعون فيه ويتم البت في مطلب الالتماس على مرحلتين :

المرحلة الأولى تنظر المحكمة فيها في قبول مطلب الالتماس شكلا بجلسة علنية وعند قبوله تؤجل القضية لجلسة أخرى تخصص لمرافعة في موضوع النزاع. (الفصل 163). والحكم الصادر فيه يقبل الطعن بالتعقيب.

- **<u>التعقيب :</u>**

يتميز هذا الطن بصبغته الاستثنائية وبإجراءاته.

- <u>الصبغة الاستثنائية للطعن بالتعقيب :</u> لا يعطل التعقيب تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه حسب الفصل 194 إلا في استثناءات خاصة منها ما هو وجوبي ومنها ما هو اختياري.

الفصل 194 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

لا يوقف رفع الطعن بالتعقيب تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا كان صادرا بإعدام ورقة مرمية بالزور أو محو آثارها أو كان صادرا بالطلاق أو بفساد عقد زواج أو كان صادرا على الدولة بأداء مـ ـال أو برفـ ـع عقلة أجرتها الدولة لاستخلاص أموالها.

وبصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه الطاعن ذلك أن يـ ـأذن بتوقيـ ـف تنفيذ الحكم المطعون فيه مدة شهر إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبـ ـل إجرائه وعلى طالب توقيف التنفيذ تأمين المحكوم به ضمانا للتنفيذ إذا كان مبلغا ماليا وتحمل عليه مصاريف التأمين بقطع النظر عن غرم الضرر الذي يمكن أن يحكم به عليه في صورة رفض مطلب التعقيب.

ولقد حصر الفصل 175 حالات الطعن بالتعقيب في سبع حالات تتلخص في سوء تطبيق القانون وسوء تأويله ولا يمكن التوسع فيها.

- إجراءات الطعن بالتعقيب : الطعن خاص بالطرفين ورثتهما ولا يكون إلا في الأحكام النهائية الدرجة والأحكام المتعلقة بالتسجيل الاختياري عن المحكمة العقارية (القانون عدد 67 لسنة 2008 في 3 نوفمبر 2008 الفصل 357 جديد من مجلة الحقوق العينية – الطعن في هذه الحالة يعلق التنفيذ). وأجل لطعن هو 20 من تاريخ الإعلام بالحكم حسب الفصل 195 وهو أجل سقوط له استثناءات تتعلق بالطلاق وما تفرع عنه (30 يوما من صدور الحكم) و أحكام المحكمة العقارية (60 يوما من صدور الحكم).

أما وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب فلا يتقيد بأي أجل لأن طعنه يتم لصالح القانون.

ويرفع الطعن بعريضة كتابية بواسطة محام يقدمها لكتابة المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه مع ما يفيد خلاص معلوم الخطية وعلى الطاعن أن يقدم في أجل 30 يوما من تاريخ تقديم عريضة الطعن لكتابة محكمة التعقيب ما يضبطه الفصل 185 من مجلة المرافعات وإلا سقط طعنه.

وعلى المعقب ضده إذا أراد الرد أن يقدم بواسطة محام إلى كتابة محكمة التعقيب مذكرة في دفاعه ومؤيداته بعد عرضها على محامي الطاعن في أجل 30 يوما من تاريخ إعلامه بمستندات التعقيب.

وبعد هذا الأجل يحيل كاتب المحكمة ملف القضية على وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب ليتولى بنفسه أو أحد المدعين العامين تحرير الملحوظات الكتابية في ما يراه حول صحة الطعن من عدمه.

العنوان الخامس : الإجراءات الجزائية

الإجراءات الجزائية هي مجمل الأحكام والقواعد القانونية المتعلقة بالمحاكمة الجزائية تحديدا للهياكل المتداخلة وللمحاكم المختصة [27].

- من الناحية التاريخية :

بعد صدور المجلة الجزائية في سنة 2013 إلتفت المشرع التونسي المتأثر بالمنظومة القانونية الفرنسية بإعتماد قانون للمرافعات الجنائية وذلك بموجب أمر الباي بتاريخ 30 ديسمبر 1921 الذي بقي معتمدا منذ سنة 1922 وإلى حد صدور مجلة الإجراءات الجزائية الحديثة والحالية بموجب القانون عدد 23 لسنة 1968 والمؤرخ في 24 جويلية 1968.

شهدت م إ ج عديد التعديلات آخرها القانون عدد 5 لسنة 2016 ولكنها بقيت غير قادرة على إستيعاب كامل النصوص الإجرائية فبقيت بعض هذه النصوص مستقلة عن المجلة منسجمة معها في الواقع.ومن هذه النصوص نجد قانون الإعانة العدلية وتنظيم السجون والقانون الأساسي لقوات الأمن الداخلي والتعويض عن الموقوفين والمحكوم عليهم الذين ثبتت براءتهم.وكذلك مجلات أخرى مستقلة كمجلة حماية الطفل ومجلة المرافعات والعقوبات العسكرية.

- أنظمة المحاكمات الجزائية :

عرفت أنظمة المحاكمات الجزائية عدة تطبيقات إختصرها الفقهاء في ثلاث أنظمة وهي :

1 – النظام الإدعائي :

2 – النظام الإستقرائي

3 – النظام المختلط

الجزء الأول : الدعوى العمومية

الفقرة الأولى : من يثير الدعوى العمومية : الفصل 2 م إ ج

أولا : الحكام :

الفصل 20 النيابة العمومية تثير الدعوى العمومية كما تطلب تطبيق القانون و تتولى تنفيذ الأحكام.

أ / مدى تمثيل النيابة العمومية :

- وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب
- الوكلاء العامون لدى محكمة الإستئناف

[27] دروس في الإجراءات الجزائية ، الأستاذ علي كحلون ، ص 1 ، مجمع الأطرش للكتاب المختص.

- وكلاء الجمهورية : لدى المحاكم الإبتدائية

ب / خصائص النيابة العمومية :

- التبعية التدريجية : من خلال التمثيل لدى المحاكم
- وحدة النيابة العمومية : مواصلة أحد الأعضاء عمل زميله
- إستقلال النيابة العمومية : عن القضاء الجالس و الإدارة
- عدم مساءلة النيابة العمومية أو التجريح فيها 297 م إ ج

ثانيا : الموظفون :

- الحق لبعض الإدارات في إثارة الدعوى العمومية تكرسها أساسا مجلة الديوانة و مجلة الغابات و إدارة الصيد البحري و إدارة الأداءات .
- مجمل الإدارات تقوم بالأبحاث الأولية ثم تحيل المحاضر على النيابة لتقوم بمواصلة تحريك الدعوى إما بالإحالة على المحكمة المختصة أو بإتخاذ قرار بفتح تحقيق إذا تعلق الأمر بجناية .

ثالثا : المتضرر :

الفصل 36 و ما بعد من م إ ج بشرطين :

- الشرط الأول : صدور قرار في الحفظ من وكيل الجمهورية
- الشرط الثاني : الإثارة على نفقة المتضرر الشخصية

الفقرة الثانية : ممارسة الدعوى العمومية

1/ مبدأ ملائمة المتابعة :

+ الفصل 30 م إ ج يختلف عن مبدأ شرعية المتابعة

+ محتوى المبدأ : هو حرية المتابعة و عدم المتابعة (قرار الحفظ)

2 / حدود المبدأ :

+ الحدود المتعلقة بحرية المتابعة :

- مانع إجرائي كوجوب حصول شكاية قبل التتبع مثل زنا الزوجية
- الحصول على الإذن في حصانة القضاة و النواب
- في مسألة أولية و عارضة : مسائل عارضة للتتبع و هي مسائل قانونية يجب الحسم فيها قبل الخوض في الدعوى مثل إبطال الزواج قبل المتابعة في جريمة تحويل وجهة قاصر و مسائل عارضة للحكم و هي مسائل لا بد من التقاضي فيها مدنيا قبل الخوض فيها جزائيا .

+ الحدود المتعلة بحرية عدم المتابعة :

- تلقي النيابة العمومية أمرا من السلطة التي تعلوها
- الفصل 116 م إ ج

- متابعة الدعوى من قبل المتضرر

الفقرة الثالثة : طرق إثارة الدعوى العمومية :

الإجراء القضائي الذي تحرك به الدعوى العمومية هناك طريقتين :

أولا : الإستدعاء المباشر : معتمدة في الجنح و المخالفات فتتم الإحالة للمحكمة المختصة بموجب قرار الإحالة و في الجنايات تتعهد المحكمة بموجب قرار من دائرة الإتهام .

كيفية تبليغ الإستدعاء الفصول 134 إلى 140 و 200 إلى 206 من مجلة الإجراءات الجزائية .

ثانيا : القرار في فتح تحقيق : الفصل 47 وجوبي في مادة الجنايات و إختياري في مادة الجنح و المخالفات .

الفقرة الرابعة : إنقضاء الدعوى العمومية :

أولا : الأسباب العامة :

+ التقادم :

يهمل المدعي دعواه أمام المحاكم المختصة لمدة طويلة يترتب عنها سقوط التتبع .

- شروطه :

مرور مدة زمنية معينة الفصل 5 م إ ج و سريان المدة من تاريخ وقوع الجريمة

عدم قطع مدة التقادم : 5 م إ ج بسبب عمل تحقيق أو تتبع

عدم تعليق مدة التقادم : بدوافع قانونية كالمسائل التي تستوجب ترخيصا أو إذنا أو حكما في البت في مسألة أولية أما الدوافع الواقعية فهي سياسية أو طبيعية

+ موت المتهم

+ العفو 376 377 م إ ج :

+ إتصال القضاء : أن يكون الحكم ذو طبيعة قضائية / أن يكون الحكم صادرا في الأصل / أن يكون باتا .

+ نسخ النص الجزائي

ثانيا : الاسباب الخاصة :

+ الصلح و المصالحة في الجريمة الإقتصادية و الحبائية

+ سحب الشكاية عندما تكون الشكاية شرط للتتبع مثل جريمة الزنا و إعتداء الخلف على السلف و التحرش الجنسي .

الجزء الثاني : التحقيق و البحث في الجرائم :

الفقرة الأولى : الأبحاث التمهيدية الأولية :

يقوم بها أعوان الضابطة العدلية و الإجراءات سرية و كتابية و غير حضورية

أولا : تكوين و مهام الضابطة العدلية :

- وكيل الجمهورية : 9 م إ ج
- حكام النواحي 12
- محافظو الشرطة و ضباطها و رؤساء مراكزها و ضابط الحرس الوطني و ضباط الصف و رؤسائه
- العمدة 15
- أعوان الإدارة
- حاكم التحقيق لا يمارس مهامه كضابط عدلي إلا بشروط الفصل 14
- يباشر أعوان الضابطة العدلية مهامهم ما لم يصدر قرار في فتح تحقيق

ثانيا : مضمون البحث التمهيدي :

- يحدده الفصل 9 م إ ج : في الحالتين أعمال مأمورو الضابطة العدلية تحال على الجهة المكلفة بالبحث . التي تتعهد بطريقتين إما بتكليف من أعضاء النيابة العمومية و إما بتكليف من أحد مأموري الضابطة العدلية و إما بطلب من المتضرر.

مضمون البحث التمهيدي في حالة التلبس :

مفهوم التلبس حسب حالات الفصل 33 م إ ج

أعوان الضابطة العدلية المكلفون بالتحقيق الإعدادي في حالة التلبس هم وكيل الجمهورية الفصل 34 و يمارس سلطة التحقيق الإعدادي إستثنائيا الفصل 26 و حاكم التحقيق الفصل 35 .

الفقرة الثانية : التحقيق الإعدادي :

جمع الأدلة و تقييمها ذو طبيعة قضائية و إجراءته سرية و كتابية و غير حضورية و نظم بالفصول 47 إلى 121 م إ ج .

أولا : الجهات المكلفة :

- <u>قاضي التحقيق</u> :

- يتعهد قاضي التحقيق بثلاث طرق :

الطريقة الأولى بمقتضى قرار في فتح تحقيق يتخذه وكيل الجمهورية وجوبي في الجنايات و إختياري في الجنح و المخالفات . ف 51

الطريقة الثانية طلب إحالة التحقيق بشكاية مرفقة بالحق الشخصي 36 و ما بعد م إ ج

الطريقة الثالثة : التعهد رأسا في الجنايات المتلبس بها . ف 35

- سلطات قاضي التحقيق : الفصل 50 الكشف عن الحقيقة

+ التنقل على العين 56 و التفتيش 93 94 95 96 و الحجز 97

+ سماع الشهود من أهم وسائل الإثبات 150

+ إستنطاق المضنون فيه : الإستنطاق الأولي 69 و الإستنطاق التفصيلي 72 73 74

+ إصدار البطاقات القضائية : بطاقة الجلب 78 79 و بطاقة الإيداع 80 إلى 83

+ الإيقاف التحفظي : 84 في حالتين أدلة جديدة قوية 85 أو التلبس 84

مدته : 6 أشهر في الجنايات تمدد لفترتين الواحدة أربع اشهر

6 أشهر في الجنح تمدد لمرة واحدة ثلاث أشهر

- دائرة الإتهام :

دائرة الإتـّهام هي هيئة تحقيق ثانية تنظر في القرارت الـّتي تصدر عن حاكم التحقيق ،، فمن يصدر ضدّه قرار من قبل حاكم التحقيق يقضي بإحالة ملفّه إلى الدائرة القضائية المختصـّة لمحاكمته ، يمكنه تقديم مطلب استئناف للقرار المذكور أمام دائرة الإتـّهام الـّتي تعتبر "هيئة استئناف" بالنسبة لحاكم التحقيق و قد تنقض قرار حاكم التحقيق أو تقضي بإقراره. حاكم التحقيق يوجد على مستوى المحكمة الإبتدائية ، في حين أنّ دائرة الإتـّهام توجد على مستوى محكمة الإستئناف

الجزء الثالث : المحاكم الجزائية :

الفرع الأول : الهيئات القضائية الزجرية التابعة للحق العام :

هي جزء من التنظيم العدلي وتتمتع إلى جانب اختصاصها في المادة المدنية باختصاص جزائي.

ينقسم الاختصاص الداخلي للهيئات القضائية الزجرية التابعة للحق العام إلى اختصاص نوعي واختصاص مكاني.

أولا : الاختصاص النوعي :

يتحدد بحسب طبيعة الجريمة والوصف القانوني لها وفق الفصل 122 من م.إ.ج أي الجنايات والجنح والمخالفات.

- محاكم النواحي :

ينظر في المخالفات بصفة نهائية وفي الجنح ابتدائيا إذا كان يعاقب بالسجن فيها لمدة لا تتجاوز العام أو بخطية لا تتجاوز ألف دينار (يبقى النظر للمحكمة الابتدائية بصفة استثنائية

في جنحة الجرح على وجه الخطأ والحريق من غير عمد) وفي الجنح التي أسند إليها النظر بمقتضى نص خاص.

ويتعهد قاضي الناحية في المخالفات حسب الفصل 200 من م.إ.ج بمقتضى إحالة مباشرة من وكيل الجمهورية أومن الإدارات والفروع المالية أو من المتضرر / بمقتضى إحالة من حاكم التحقيق أو محكمة أخرى / إحالة المخالف توا من طرف وكيل الجمهورية الفصل202 من م.إ.ج / وللحاكم أن يتعهد بدون توقف على إحالة في صورة التلبس بالمخالفة. أما في الجنح فيتعهد قاضي الناحية بمقتضى إحالة مباشرة أو توا من وكيل الجمهورية أو بمقتضى إحالة من حاكم التحقيق أو من محكمة أخرى.

- المحاكم الابتدائية :

في سائر الجنح باستثناء ما هو من أنظار حاكم الناحية.وتنظر نهائيا بوصفها محكمة استئناف في الأحكام المستأنفة الصادرة عن محكمة الناحية.وفي الجنايات .

وتتعهد المحكمة الابتدائية بثلاث طرق بمقتضى إحالة مباشرة من وكيل الجمهورية أو الإدارات والفروع المالية أومن المتضرر (الفصل 36) أو عند إحالة المظنون فيه توا على المحكمة من طرف وكيل الجمهورية بعد استنطاق بسيط في صورة الجريمة المتلبس بها وإما بمقتضى إحالة من حاكم التحقيق أو من محكمة أخرى (206 من م.إ.ج).

- محاكم الاستئناف :الاستئناف المتعلق بالجنح المحكوم فيها من طرف المحكمة الابتدائية (الفصل 126 من م.إ.ج).والاستئناف المتعلق بالجنايات.
- الهيئات القضائية المختصة بالأطفال : الفصول من 81 إلى 84 من مجلة حماية الطفل.

ثانيا : الاختصاص المكاني :

الفصل 129 -(نقح بالقانون عدد 85 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005)

تنظر في الجريمة محكمة الجهة التي ارتكبت فيها أو محكمة المكان الذي به مقر المظنون فيه أو المكان الذي به محل إقامته الأخير أو محكمة المكان الذي وجد فيه.

وعلى المحكمة التي تعهدت أوّلا بالقضية أن تبتّ فيها.

وإذا ارتكبت الجريمة على متن أو ضد سفينة أو طائرة مسجلة بالبلاد التونسية أو مؤجرة دون طاقم لفائدة مستغل يكون مقرّه الرئيسي أو إقامته الدائمة بالتراب التونسي فإن المحكمة المختصة بالنظر تكون محكمة مكان النزول أو الإرساء.

وتكون هذه المحكمة مختصة أيضا ولو مع عدم توفر أحد الشرطين المبينين بالفقرة المتقدمة إذا هبطت الطائرة أو أرست السفينة بالتراب التونسي وكان على متنها المظنون فيه.

الفرع الثاني : الهيئات القضائية الزجرية غير التابعة للاختصاص العام :

- المحكمة العسكرية
- دائرة الزجر المالي
- هيئة السوق المالية
- مجلس المنافسة

الجزء الرابع :طرق الطعن في الأحكام الجزائية :

الفرع الأول : طرق الطعن العادية :

- **الإستئناف :**

الفصل 207 –(نقح بالقانون عدد 43 لسنة 2000 المؤرخ في 17 أفريل 2000)

الأحكام الصادرة في المادتين الجناحية والجنائية يمكن الطعن فيها بطريق الاستئناف.

ويرفع استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في مادة الجنح والأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية المنتصبة بمقرات محاكم استئناف في مادة الجنايات إلى محكمة الاستئناف.

ويرفع استئناف الأحكام الصادرة عن قضاة النواحي إلى المحكمة الابتدائية.

- **الاعتراض :**

الفصل 175

إذا بلغ التنبيه لشخص المتهم ولم يحضر في الأجل المعين فلا يتوقف الحاكم على حضوره ويصدر حكما يعتبر حضوريا.

وإذا استدعي المتهم بصفة قانونية ولم يحضر يحكم عليه غيابيا رغم عدم بلوغ الاستدعاء إليه شخصيا والإعلام بالحكم الغيابي يتولاه كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم.

41

والاعتراض على الحكم الغيابي يقدمه لكتابة المحكمة التي أصدرته المعترض نفسه أو نائبه في العشرة أيام الموالية لتاريخ الإعلام.

وإذا كان المعترض قاطنا خارج تراب الجمهورية فإن الأجل يكون ثلاثين يوما.

وإذا كان المعترض موقوفا فإن الاعتراض يتلقاه كبير حراس السجن ويحيله بدون تأخير على كتابة المحكمة.

ويقدم الاعتراض أمّا بتّصريح شفاهي يسجل كتابة في الحين أو بإعلام كتابي. وعلى المعترض أن يمضي وإذا امتنع من الإمضاء أو كان غير قادر عليه ينص على ذلك.

ويتولى كاتب المحكمة توا تعيين الجلسة وإعلام المعترض بتاريخها وفي جميع الأحوال يجب أن تعقد الجلسة في أجل أقصاه شهر من تاريخ الاعتراض.

ويعلم المعترض أو نائبه بالاعتراض الخصوم الذين يهمهم الأمر باستثناء ممثّل النيابة العمومية ويستدعيهم للجلسة بواسطة عدل منفذ في أجل ثلاثة أيام على الأقلّ قبل تاريخها وإلا يرفض اعتراضه.

ولا يستدعى القائم بالحق الشخصي إلاّ إذا كان القصد من الاعتراض عرض الدعوى المدنية من جديد على الحاكم.

الفصل 176

إذا لم يبلغ الإعلام بالحكم للشخص نفسه، أو لم يتبين من أعمال تنفيذ الحكم أنّ المظنون فيه حصل له العلم به، يمكن قبول الاعتراض إلى انقضاء آجال سقوط العقاب.

الفرع الثاني : طرق الطعن غير العادية :

- **التعقيب :**

الأحكام القابلة للتعقيب : هي القرارات الصادرة في الأصل نهائيا (الفصل 258) والقرار الصادر عن دائرة الاتهام والقاضي بإحالة المتهم على المحكمة الجنائية أو الناحية إذا بتت الدائرة المذكورة من تلقاء نسفها أو بطلب من أحد الخصوم في مسألة تتعلق بمرجع النظر أو كان قرارها يتضمن مقتضيات نهائية ليس للمحكمة المحالة عليها القضية حق تعديلها. (الفصل 259).

نضيف كذلك الفصل 260 :

الفصل 260

لا يجوز للقائم بالحق الشخصي أن يطلب تعقيب القرارات الصادرة عن دائرة الاتّهام إلا إذا طلب تعقيبها ممثّل النيابة العمومية.

غير أنّ مطلب تعقيب القائم بالحق الشخصي بانفراده يمكن قبوله في الصور الآتية :

54

أوّلا: إذا كان قرار دائرة الاتّهام قاضيا بان لا وجه للتتبع.

ثانيا: إذا قضى القرار بعدم قبول الدعوى الشخصية.

ثالثا: إذا قضى القرار بانقراض الدعوى العمومية بمرور الزمن.

رابعا: إذا قضت دائرة الاتّهام من تلقاء نفسها أو بطلب من الخصوم بعدم اختصاص المحكمة المتعهدة.

خامسا: إذا أهمل القرار البتّ في وجه من أوجه التهمة.

- ## مطلب إعادة النظر : التماس إعادة النظر :

الباب الثاني

في مطالب إعادة النظر

الفصل 277

لا يقبل مطلب إعادة النظر إلاّ لتدارك خطإ مادي تضرر منه شخص حكم عليه من أجل جناية أو جنحة.

ويجوز تقديم مطلب إعادة النظر في الأحوال الآتية أيّا كانت المحكمة التي قضت في الدعوى، والعقاب المحكوم به:

أوّلا: إذا أدلي بعد الحكم لأجل القتل بوثائق أو عناصر إثبات يستنتج منها قرائن كافية على وجود المدعى قتله حيا.

ثانيا: إذا حكم على شخص من أجل فعلة ثم صدر حكم على شخص آخر لأجل الفعلة عينها وكان بين الحكمين اللذين لا يمكن التوفيق بينهما تناقض يثبت براءة أحد المحكوم عليها.

ثالثا: إذا حكم على شخص، وبعد صدور الحكم وقع تتبع أحد الشهود الذين كانوا شهودا عليه ومحاكمته من أجل الشهادة زورا. وهذا الشاهد المحكوم عليه كما ذكر لا يمكن سماعه في المحاكمة الجديدة.

رابعا: إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع أو قدمت وثائق لم تكن معلومة وقت المحاكمة وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق أن تثبت براءة المحكوم عليه أو أن تبين أن الجريمة المرتكبة أقل خطورة من الجريمة التي حوكم من أجلها.

الجزء الخامس : الإثبات في المادة الجزائية :

الفصل 150

يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويقضي الحاكم حسب وجدانه الخالص.

وإذا لم تقم الحجة، فانه يحكم بتّرك سبيل المتهم.

الفصل 151

لا يمكن للحاكم أن يبني حكمه إلاّ على حجج قدمت أثناء المرافعة وتم التناقش فيها أمامه شفويا وبمحضر جميع الخصوم.

الفصل 152

الإقرار مثل سائر وسائل الإثبات يخضع لاجتهاد الحاكم المطلق.

الفصل 153

إذا كان وجود الجريمة يتوقف على وجود حق شخصي، فإن الحاكم يعتمد وسائل الإثبات الخاصّة بذلك الحق.

الفصل 154

المحاضر والتقارير التي يحرّرها مأمورو الضابطة العدلية أو الموظفون أو الأعوان الذين أسند إليهم القانون سلطة معاينة الجنح والمخالفات تكون معتمدة إلى أن يثبتَ ما يخالفها وذلك فيما عدا الصور التي نص القانون فيها على خلاف ذلك.

وإثبات ما يخالف تلك المحاضر أو التقارير يكون بالكتابة أو بشهادة الشهود.

الفصل 155

المحضر لا يعتمد كحجة إلاّ إذا كان من الوجهة الشكلية محررا طبق القانون وضمن به محرره ما سمعه أو شاهده شخصيا أثناء مباشرته لوظيفه في مادة من اختصاصه.

الفصل 156

المواد التي تكون موضوع تقارير معتمدة إلى وقوع الطعن فيها بالزور تنظمها القوانين الخاصّة، ويقع الطعن بالزور طبقا للإجراءات الواردة بالفصل 284 وما بعده ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

الفصل 157

إذا رأت المحكمة لزوم إجراء اختبار فإنه يجري العمل بأحكام الفصل 101 وما بعده.

الفصل 158

يستدعى الشهود طبق أحكام الفصل 134 وما بعده.

الفصل 159

تنطبق أحكام الفصلين 61 و67 لدى محاكم القضاء.

الفصل 160

الأشخاص المشار إليهم بالفصل 63 يمكن سماعهم بالجلسة على سبيل الاسترشاد بدون أن يؤدّوا اليمين ما لم يعارض في ذلك ممثّل النيابة العمومية أو المتهم.

الفصل 161

إذا تبين أثناء المرافعات أن شاهدا تعمد التصريح بما ينافي الحقيقة فالرئيس يحرر محضرا في هذا الحادث والشاهد يوقف بعد سماع ممثّل النيابة العمومية ويمكن الحكم عليه حالا.

العنوان السادس : النزاعات الإدارية والجبائية والانتزاع من أجل المصلحة العمومية

العنوان الفرعي 1 : النزاعات الإدارية

- القانون عدد 40 في 1 جوان 1970

تطرح مادة المنازعات الإدارية إشكالية جوهرية أو تساؤل مفاده: هل يمكن مساءلة الإدارة؟

يعكس المثال الفرنسي مهد المنازعات الإدارية فهو ذو صبغة فقه قضائية ولعل أهم نص مكتوب سمح بمراقبة الإدارة وإخضاعها لرقابة السلطة القضائية أمر 27/ 1888/11 المتعلق بقضاء التعويض لا غير.من هذا المنطلق حدد أمر 1888 مبادئ قضاء التعويض والنظم المعتمدة لمثل هذا النوع من النزاعات والسلطات القضائية المختصة للبت فيها قانونا.

ظهرت مع دستور تونس الأول في 1 جوان 1959 أولى خطوات المشرع وخياراته في إحداث محكمتين مستقلتين.

فقد نص الفصل 69 من الدستور ومن قبله الفصل 57 قبل تنقيحه في أفريل 1976 بموجب القانون الدستوري عدد 37 أن " مجلس الدولة يتركب من هيئتين: المحكمة الإدارية ودائرة المحاسبات ".

تقسيم وتصنيف المنازعات الإدارية:

1 – نظرية " ادوارد لافايي " تقوم على معيار طبيعة سلطة القاضي.

2 – نظرية " ليون دي قي " تقوم على طبيعة الموضوع المطروح أمام القاضي.

3 – نظرية تأليفية مزجت بين نظريتين ليجد المشرع التونسي والمثال التونسي نفسه قد أخذ بمثال خاص به يجمع بينها الثلاث لنجد المنازعات الإدارية تصنف على النحو التالي في أقسام 4: منازعات القضاء الكامل ومنازعات الإلغاء وقضاء المشروعية وقضاء التفسير والتأويل.

الجزء الأول: نظام القضاء الإداري التونسي:

النشأة والتطور الهيكلي :

الفقرة الأولى: تاريخ المنازعات الإدارية في تونس قبل 1972:

من المؤكد أن أول نص بادر بوضع إطار للمنازعات الإدارية بتونس هو أمر 27 نوفمبر 1888 المتعلق بالنزاع الإداري، ولئن سبقته نصوص أخرى ترتب هيكل المنازعات الإدارية، هيكل فض النزاعات بالتحديد سواء عن طريق الوزارة الأولى مع أمر 1860 المتعلق بإصدار عهد الأمان وإحداث المجلس الأكبر مع دستور 26 أفريل 1861 (الفصل

40 منه) (فكرة القضاء المحجوز)، كذلك الشأن مع 24 أفريل 1921 المتعلق بهيكلة الوزارة الأولى (القضاء المفوض) فان أمر 1888 كان في ظاهره مكرسا لمبدأ القضاء الوحدوي .

إن أمر 1888 أسند للمحاكم العدلية المدنية بالمملكة التونسية التي لم تكن بها لا فروع لمجلس الدولة الفرنسي ولا لمجلس تنازع الاختصاص تمثيلا فذلك مرد تحديد ولاية القاضي المدني على بعض النزاعات المقتصرة على التعويض للتونسيين اعتبارا وأن السلطات الفرنسية أحدثت منذ 1883 محاكم عدلية تختص بنزاعات باقي الجنسيات الموجودة بالمملكة كل ذلك قبل إحداث نظام حديث للمحاكم التونسية في 1896.

إن الاختصاص القضائي المسند لهذه المحاكم المدنية لم يتعد مجال المسؤولية الإدارية أي قضاء التعويض جراء تصرفات الإدارة وأعمالها أو اتفاقياتها، ليقع بالفصل 3 من أمر 1888 إقصاء قضاء الإلغاء وإبقاءه رهن إرادة السلطات الفرنسية وفي ذلك خشية من تعطيل أعمال الإدارة الحامية المنتصبة حديثا بالمملكة. هذا الأمر تواصل لفترة بلغت تاريخ الاستقلال وتحديدا تاريخ وضع الدستور التونسي في 1 جوان 1959 لنجد تكريس الدولة التونسية لنظامها الجمهوري الديمقراطي بارزا في إفراد النزاعات الإدارية بهيكل مختص.

ففي 1 جوان 1995 أحدث بمقتضى الفصل 69 من الدستور مجلس الدولة التونسي والمتركب من هيئتين قضائيتين تختصان بصنفين من المنازعات الإدارية.

المحكمة الإدارية ودائرة المحاسبات أمر تعزز لاحقا بإحداث هيكل المحكمة الإدارية بمقتضى القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 وما لحقته من تنقيحات أهمها تنقيح 1996.

الفقرة الثانية: إحداث المحكمة الإدارية في 1972

أحدث القانون عدد 42 لسنة 1992 المؤرخ في 1 جوان 1972 أول هيكل قضائي يختص صراحة بالنزاعات الإدارية بصفة مطلقة .

اقتضت أحكام الفصل 2 قديم أنه: " تنظر المحكمة الإدارية في جميع النزاعات المتعلقة بالإدارة، إلا أنه وإلى أن يأتي ما يخالف ذلك فان المحاكم الابتدائية (العدلية) تبقى مختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بالتعويض ... على أن يقع الاستئناف والتعقيب لدى المحكمة الإدارية ". أما صيغة الفصل 2 جديد (بعد تنقيح 1996) فقد نص صراحة على أنه: " ... عدا ما أسند لغيرها بقانون خاص" والمقصود بالمحاكم العدلية المحددة بمقتضى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

1 - هيئات القضاء الإداري ذات الولاية العامة :

- **الدوائر الابتدائية:**

القسـم الأول – الدوائــر الابتدائيــة

الفصل 16 (جديـد) – تتركب كل دائرة ابتدائية من رئيس وعضوين يعينان من بين المستشارين عند الاقتضاء.

ويتولى مندوب الدولة بجلسة المرافعة تلاوة ملحوظاته الكتابية يضمنها رأيه في القضية من الناحية الواقعية والقانونية.

وإذا تعذر انعقاد جلسة المرافعة بسبب حصول مانع لأحد أعضائها فإنه يقع إتمام النصاب بأحد المستشارين المساعدين من نفس الدائرة وعند التعذر من إحدى الدوائر الابتدائية الأخرى. وفي صورة حصول مانع لرئيس الدائرة يتولى رئاسة الجلسة رئيس دائرة ابتدائية أخرى بتكليف من الرئيس الأول أو من نائبه عند حصول مانع له.

ويمكن للرئيس الأول عند الاقتضاء أن يأذن لإحدى الدوائر الابتدائية بعقد جلسات دورية بمقرات المحاكم التابعة لجهاز القضاء العدلي للبت في القضايا المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة من الفصل 15 من هذا القانون.

الفصل 17 (جديـد) – تختص الدوائر الابتدائية بالنظر ابتدائيا في:

- دعاوى تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقررات الصادرة في المادة الإدارية.
- الدعاوى الرامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعمالها الإدارية غير الشرعية أو من أجل الأشغال التي أذنت بها أو من أجل أضرار غير عادية ترتبت عن أحد أنشطتها الخطرة. كما تنظر في جميع الدعاوى ذات الصبغة الإدارية باستثناء ما اسند منها لمحاكم أخرى بقانون خاص.

- **<u>الدوائر الاستئنافية :</u>**

القسم الثاني – الدوائر الاستئنافية

الفصل 18 (جديد) – تتركب كل دائرة استئنافية من رئيس وعضوين يعينان من بين المستشارين أو المستشارين المساعدين عند الاقتضاء.

ويتولى مندوب الدولة بجلسة المرافعة تلاوة ملحوظاته الكتابية يضمنها رأيه في القضية من الناحية الواقعية والقانونية.

وإذا تعذر انعقاد جلسة المرافعة بسبب حصول مانع لأحد أعضائها فإنه يقع إتمام النصاب بأحد المستشارين من نفس الدائرة أو دائرة استئنافية أخرى عند الاقتضاء. وعند التعذر يقع إتمام النصاب بأحد المستشارين المساعدين.

وفي صورة حصول مانع لرئيس الدائرة يتولى رئاسة الجلسة رئيس دائرة استئنافية أخرى أو أقدم مستشار بالدائرة عند الاقتضاء. وفي كلتا الحالتين بتكليف من الرئيس الأول.



ويشترط في كل الحالات ألاّ يكون عضو الدائرة الاستئنافية قد سبق له النظر في القضية ابتدائيا.

الفصل 19 (جديد) – تختص الدوائر الاستئنافية بالنظر:

- في استئناف الأحكام الصادرة عن الدوائر الابتدائية بالمحكمة الإدارية والأحكام الصادرة عن رؤساء هذه الدوائر المنصوص عليها بالفقرة 2 من الفصل 43 من هذا القانون **(مطة أولى جديدة – نقحت بمقتضى القانون الأساسي عدد 2 لسنة 2011 المؤرخ في 3 جانفي 2011)**
- في استئناف الأحكام الابتدائية الصادرة عن المحاكم العدلية في المادة الإدارية في نطاق اختصاص مستند إلى تلك المحاكم بقانون خاص وذلك ما لم ينص القانون المذكور صراحة على اختصاص المحاكم العدلية بالنظر استئنافيا في تلك الأحكام.
- في استئناف الأذون والأحكام الاستعجالية الصادرة في المادة الإدارية المنصوص عليها في هذا القانون.
- **ألغيت المطة الرابعة بمقتضى القانون الأساسي عدد 2 لسنة 2011 المؤرخ في 3 جانفي 2011.**
- في استئناف القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة **(مطة جديدة – أضيفت بمقتضى القانون الأساسي عدد 70 لسنة 2003 المؤرخ في 11 نوفمبر 2003)**
- في استئناف القرارات الصادرة عن الهيئة العامة للتأمين **(مطة جديدة – أضيفت بمقتضى القانون الأساسي عدد 7 لسنة 2008 المؤرخ في 13 فيفري 2008)**
- في استئناف القرارات الصادرة عن لجنة الخدمات المالية المنصوص عليها بمجلة إسداء الخدمات المالية لغير المقيمين. **(مطة جديدة – أضيفت بمقتضى القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009)**

- **<u>الدوائر التعقيبية :</u>**

الفصل 20 (جديـد) – نقح بمقتضى القانون الأساسي عدد 79 لسنة 2001 المؤرخ في 24 جويلية 2001 – تتركب الجلسة العامة القضائية من:

- الرئيس الأول.
- رؤساء الدوائر التعقيبية والاستشارية والاستئنافية.
- مستشار عن كل دائرة تعقيبية يعينه الرئيس الأول طبقا للفصل 14 من هذا القانون.

ويعهد الرئيس الأول بملفات القضايا المرفوعة للجلسة العامة إلى أحد المستشارين لاستيفاء الإجراءات المستوجبة وإعداد تقرير ومشروع قرار.

ويتولى مندوب الدولة العام بجلسة المرافعة تلاوة ملحوظاته الكتابية يضمنها رأيه القانوني في القضية.

وتعقد الجلسة العامة جلساتها بدعوة من الرئيس الأول وبرئاسته ويعوض وكيل الرئيس الأول هذا الأخير في صورة حصول مانع له ويتولى أقدم رؤساء الدوائر التعقيبية رئاسة الجلسة في صورة حصول مانع لهذا الأخير.

ولا يكتمل نصاب الجلسة العامة إلا بحضور ثلثي أعضائها على الأقل من بينهم رئيس دائرة استشارية ومستشار، وعند تعذر اكتمال النصاب يقرر رئيس الجلسة تأخير المرافعة لجلسة قادمة.

وتجري مداولات الجلسة العامة بمشاركة نفس الأعضاء الذين حضروا جلسة المرافعة وتصدر قراراتها بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين ويرجح صوت الرئيس عند تساوي الأصوات.

ويشارك المقرر في المفاوضة برأي استشاري.

الفصل 21 (جديـد) – نقح بمقتضى القانون الأساسي عدد 2 لسنة 2011 المؤرخ في 3 جانفي 2011 – تنظر الجلسة العامة تعقيبيا في الطعون الموجهة ضد الأحكام النهائية المشار إليها بهذا القانون والتي تقتضي توحيد الآراء القانونية بين الدوائر التعقيبية أو التي تخوض في مسائل قانونية جوهرية وكذلك في الصور المشار إليها بالفصل 75 من هذا القانون.

وترفع لها القضايا المذكورة إما بمقتضى حكم بالتخلي صادر عن الدائرة التعقيبية المعنية أو بقرار معلل يتخذه الرئيس الأول قبل أن يقع تعيين القضية لجلسة المرافعة لدى الدائرة المنشورة لديها.

---

[1] نقحت تسمية القسم الثالث من الباب الأول من العنوان الثالث بمقتضى القانون الأساسي عدد 79 لسنة 2001 المؤرخ في 24 جويلية 2001.

الفصل 21 (مكـرر) – أضيف بمقتضى القانون الأساسي عدد 79 لسنة 2001 المؤرخ في 24 جويلية 2001 – تتركب كل دائرة تعقيبية من رئيس يمكن أن يكون الرئيس الأول للمحكمة وعضوين يعينان من بين المستشارين.

ويعهد رئيس الدائرة بملفات القضايا التعقيبية المحالة إليه من الرئيس الأول إلى أحد المستشارين ليتولى تحت إشرافه استيفاء الإجراءات المستوجبة وإعداد تقرير ومشروع قرار.

الفصل 21 (ثـالثا) – أضيف بمقتضى القانون الأساسي عدد 79 لسنة 2001 المؤرخ في 24 جويلية 2001 – تختص الدوائر التعقيبية بالنظر في الطعون الموجهة ضد الأحكام النهائية المشار إليها بهذا القانون.

ويتولى مندوب الدولة العام بجلسة المرافعة تلاوة ملحوظاته الكتابية يضمنها رأيه القانوني في القضية.

وإذا تعذر انعقاد جلسة المرافعة لحصول مانع لأحد أعضائها فإنه يقع إتمام النصاب بأحد المستشارين من نفس الدائرة أو دائرة تعقيبية أخرى عند الاقتضاء.

وفي صورة حصول مانع لرئيس الدائرة يتولى رئاسة الجلسة رئيس دائرة تعقيبية أخرى أو أقدم مستشار بالدائرة عند الاقتضاء، وفي كلتا الحالتين بتكليف من الرئيس الأول.

ويشترط في كل الحالات ألا يكون عضو الدائرة التعقيبية قد سبق له النظر في القضية ابتدائيا أو استئنافيا.

- **<u>الرئيس الأول للمحكمة الإدارية :</u>**

يعين الرئيس الأول بمقتضى أمر وتختلط صلاحيات الرئيس الأول التنظيمية بأخرى قضائية، إذ يسهر على توزيع العمل بالمحكمة بمساعدة كاتب عام للمحكمة الإدارية (الفصل 29 من قانون 1972) يوزع القضايا على الدوائر طبق الفصول 14 و 72 من قانون المحكمة الإدارية إلى جانب ترأسه أهم الهيئات التعقيبية والجلسة العامة استشارية كانت أو قضائية، ومن الأعمال المنوطة بعهدة الرئيس الأول بموجب خضوعه لسلطة رئيس الجمهورية إعداد التقرير السنوي لعمل المحكمة الإدارية ونشاطها يضمن به أهم المقترحات التشريعية أو الترتيبية المستوجب اتخاذها وحتى الصعوبات التي يطرحها تنفيذ الأحكام الإدارية بعد صدورها، هذا التقرير السنوي يتضمن جانبا إحصائيا وجانبا نظريا على معنى الفصل 87 من قانون 1972 يسلم إلى رئيس الجمهورية سنويا نهاية كل سنة قضائية.

ويبقى أهم اختصاص قضائي فرعي لدعوى تجاوز السلطة هو الذي خص به المشرع الرئيس الأول للمحكمة الإدارية: اختصاص توقيف تنفيذ القرارات الإدارية.

فتوقيف تنفيذ القرارات الإدارية يكون على أثر الطعن فيه بالإلغاء (الفصل 39) وأمام صيغتها النافذة يطلب توقيف تنفيذها أو تأجيل تنفيذها (الفصل 40) في حالات التأكد ولو على المسودة، كما خول القانون صراحة للرئيس الأول للمحكمة الإدارية بصفته تلك.

والى جانب حالة إيقاف تنفيذ المقررات الإدارية صلاحيات توقيف تنفيذ الأحكام القضائية المطعون فيها بالتعقيب على معنى الفصل 71 جديد من قانون 1972 وبصفة استثنائية ولأجل يحدده بمفرده بضمان أو بدونه شأن حالات الاعتراض على الأحكام أو التماس إعادة النظر فيها تطبيقا لأحكام الفصول 78 جديد و 79 من قانون المحكمة الإدارية.

هذا الاختصاص الاستثنائي يوازي تشريعا وتطبيقا ما للرئيس الأول لمحكمة التعقيب (الفصل 198 من م م م ت) ومرد ذلك محاولة إيجاد توازن هيكلي بين الهرمين في نظام يقر ويتبنى مبدأ ازدواجية القضاء ومبدأ ازدواجية النزاعات.

- **<u>مندوب الدولة:</u>**

القسم الرابع – مندوبو الدولة العامون ومندوبو الدولة

الفصل 22 (جديد) – نقح بمقتضى القانون الأساسي عدد 79 لسنة 2001 المؤرخ في 24 جويلية 2001 – مندوبو الدولة العامون ومندوبو الدولة مكلفون بالدفاع عن المصلحة العامة

يتعهد مندوب الدولة العام بالقضايا الراجعة بالنظر للجلسة العامة والدوائر التعقيبية والدوائر الاستئنافية ويتعهد مندوب الدولة بالقضايا الراجعة بالنظر للدوائر الابتدائية.

ويحرر مندوب الدولة العام أو مندوب الدولة ملحوظات بشأن القضايا المحالة إليه تتضمن رأيه من الناحيتين الواقعية والقانونية.

ويخضع مندوبو الدولة العامون ومندوبو الدولة للسلطة المباشرة للرئيس الأول.

- **<u>الجلسة العامة الاستشارية:</u>**

مع تنقيح 3 جوان 1996 اتجهت إرادة المشرع إلى إبراز وإكساب الدور الاستشاري للمحكمة الإدارية دورا فعالا وأهمية بارزة، حيث تم إحداث دوائر استشارية إضافة إلى الأقسام الاستشارية مهمتها التحقيق في المسائل المعروضة على المحكمة الإدارية ضمن استشارة إجبارية واستشارة اختيارية، وقد حددت هذه الدوائر والأقسام الاستشارية بدائرتين استشاريتان وقسمان استشاريان إلى جانب جلسة عامة استشارية وهذه الجلسة العامة الاستشارية تتألف على معنى الفصل 27 من قانون 1972 من رئيس المحكمة الإدارية، رؤساء الدوائر التعقيبية والاستشارية ورؤساء الأقسام الاستشارية.

وقد حددت ضمن أحكام الفصول 25 و 26 من قانون المحكمة الإدارية مهمة الأقسام والدوائر الاستشارية في حين كلفت الجلسة العامة الاستشارية بالتداول في مشاريع الاستشارة المصادق عليها من الدوائر الاستشارية قبل أن يحيلها الرئيس الأول إلى الجهة صاحبة الاستشارة.

وتكون الاستشارة المقدمة لهيئات المحكمة الإدارية إما اختيارية أو وجوبية تلزم الجهة المستشيرة صاحبة الاستشارة بالرأي المطابق في حين تبقى مخيرة إذا كانت الاستشارة غير وجوبية ويكفي للتدليل على هذا الأمر استعراض صيغة الفصل 4 من قانون المحكمة الإدارية الذي جاء به: " تقع استشارة المحكمة الإدارية وجوبا بشأن مشاريع الأوامر ذات الصبغة الترتيبية ، وتستشار المحكمة الإدارية بخصوص مشاريع النصوص الأخرى وبوجه عام حوله كافة المواضيع التي تقتضي الأحكام التشريعية أو الترتيبية مشورتها أوالتي تعرضها عليها الحكومة لإبداء رأيها فيها ويحال نص كل استشارة متعلقة بمشروع قانون أو بمشروع مرسوم على مجلس النواب "

الفقرة الثانية: هيئات القضاء العدلي ذات الولاية المسندة بنص خاص:

اقتضى الفصل 2 من قانون 1972 أن المحكمة الإدارية هي صاحبة الاختصاص العام إذ أسند لجميع هيئاتها ولاية عامة على مختلف النزاعات الإدارية، ولكن هذا المبدأ لم يكن مطلقا إذ جاء الفصل 2 نفسه (جديد) ليستثني بعض النزاعات أسندت لغير هيئات المحكمة الإدارية.

وقد طرحت مسألة الاختصاص في بعض الحالات وأمام غياب نصوص صريحة حالات تنازع في الاختصاص أوجب إحداث مجلس لتنازع الاختصاص بين المحاكم العدلية والإدارية بمقتضى القانون عدد 38 لسنة 1996 مؤرخ في 3 جوان 1996 والمتعلق بتوزيع الاختصاص.

1 – حاكم الناحية:

حدد المشرع ضمن م م م ت مجال اختصاص حاكم الناحية بوصفه قاضي فردي ينظر في المادة المدنية، الحوزية، الجزائية وغيرها مما ينشب من نزاعات بين الخواص فيما بينهم، وحاكم الناحية في هذا الإطار وفي فض النزاعات المعروضة عليه وبوصفه قاضي عدلي يطبق قواعد القانون الخاص غير أن بعض المجالات الأخرى ذات الصبغة الإدارية

خصها المشرع بمقتضى نصوص خاصة بتدخل حاكم الناحية لا بوصفه قاضي عدلي ولكن كقاضي إداري شأن بقية هيئات المحكمة الإدارية.

- بمراجعة القانون عدد 11 لسنة 1997 المؤرخ في 3 فيفري 1997 والمتعلق بإصدار مجلة الجباية المحلية نجده يقر صراحة باختصاص حاكم الناحية ابتدائيا نهائيا(الاستئناف تعقيبي الفصل 11 من قانون 72).
- في مادة المعاليم الموصفة على العقارات المبنية إذ جاء بالفصل 26 من هذا القانون: " يمكن لكل مطالب بالمعلوم تقديم طلب مراجعة المعلوم لدى محكمة الناحية المختصة ترابيا ويكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة نهائيا ".
- هذا الاختصاص ينسحب كذلك على النزاعات المتولدة عن توظيف المعاليم عن الأراضي غير المبنية طبق الفصل 34 من نفس القانون.
- وفي إطار نفس الاختصاص اقتضى القانون عدد 28 لسنة 1995 المتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي وتحديدا ضمن الفصل 43 منه أن حاكم الناحية يبت نهائيا في النزاعات المعروضة أمامه في مادة حوادث الشغل التي يتعرض لها أعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ويبت في هذه النزاعات شأن حوادث الشغل في القطاع الخاص ولكن بصفته قاضي إداري.

2 - المحكمة الابتدائية:

تنتصب المحكمة الابتدائية التابعة للنظام العدلي للبت في بعض النزاعات الإدارية سواء بوصفها محكمة درجة أولى (ابتدائي) أو بوصفها محكمة استئناف.

- تنظر ابتدائيا في النزاعات الديوانية (القمرقية) أو المادة الجبائية ومادة الانتزاع للمصلحة العامة وغيرها.
- هذه المحاكم الابتدائية خصها المشرع بالمادة الجبائية بوصفها محاكم إدارية تابعة للهيكل العدلي تختص بالنظر ابتدائيا في الدعاوى المتعلقة بالاعتراض على قرارات التوظيف الإجباري للأداء أو المتعلقة باسترجاع الأداء على أن تتعهد محاكم الاستئناف العدلية بالطعون الموجهة ضد أحكام المحاكم المذكورة الصادرة بوصف ابتدائي الدرجة لتكون خاضعة تعقيبيا لولاية المحكمة الإدارية على معنى الفصل 11 من قانون 1972.
- نزاعات الانتزاع للمصلحة العامة المنظمة بموجب القانون عدد 85 لسنة 1976 الصادر في 11 – 08 – 1976 والمنقح بموجب القانون عدد 26 لسنة 2003 الصادر بتاريخ 14 – 04 – 2003 المتعلق بالانتزاع للمصلحة العامة. والتي تم سن فيها قانون عدد 80 لسنة 2015 المؤرخ في سنة 2016.هذا الاختصاص العدلي في مادة الانتزاع يبدأ في درجاته الابتدائية لدى المحاكم الابتدائية ليمتد إلى محاكم الاستئناف قبل ممارسة حق الطعن بالتعقيب أمام محكمة التعقيب المدنية بالرغم من إحداث دوائر تعقيبية وأخرى استئنافية بالمحكمة الإدارية.

3 - محاكم الاستئناف:

بالرجوع إلى بعض النصوص الخاصة بالقطاعات المهنية الحرة أو المادة الجبائية نجدها تقر صراحة بكون محاكم الاستئناف العدلية هي صاحبة الاختصاص المطلق بالطعون ببعض القرارات الصادرة عن الهيئات المهنية أو الإدارات الجبائية المالية بالأساس.

- فقد أقر القانون لبعض الهيئات المالية ذات الصبغة الاجتماعية كصناديق التقاعد حق إصدار سندات تنفيذية جبرية ترمي إلى استخلاص أموال الدولة أو ديون أشخاص القانون العام كبطاقات الإلزام أو بطاقات الجبر والتي يتم الطعن فيها أمام محاكم الاستئناف التابعة لمقر هذه الهيئات
- أما في شأن القرارات الصادرة عن المجالس المهنية المشرفة على مختلف المهن الحرة (محاماة، خبراء، محاسبين، عدول تنفيذ وإشهاد ، صيادلة، أطباء، بياطرة) فقد أقرت جل النصوص صراحة ولاية الهيئات العدلية وتحديدا محاكم الاستئناف التابعة لها مجالس الهيئات .
- أما في شأن النزاعات الجبائية والمالية والتي هي نزاعات إدارية بالأساس فقد أقر المشرع في شأنها وتفاديا إلى تفريق وتشتيت السلطات المختصة بها وجوب أن يكون القاضي العدلي هو صاحب الإختصاص الأساسي بها قانونا.

4 - محكمة التعقيب:

من المؤكد أن محكمة التعقيب المدني وعلى معنى مجلة المرافعات المدنية والتجارية هي محكمة القانون تنظر في جميع الطعون الصادرة والموجهة ضد القرارات وأحكام الهيئات العدلية، غير أنه وبمراجعة بعض النصوص المتعلقة بالمادة الإدارية إتضح وأن المشرع أسند لها حكميا إختصاصات معينة وقرارات وطعون حصرية في مجالات عينية فأورد على سبيل المثال منها المادة القمرقية، مادة الإنتزاع مادة الإقتراع، حوادث الشغل في القطاعين العمومي والخاص وغيرهم...

إن توزيع إختصاصات مسندة للقاضي العدلي تجاه ما للمحكمة الإدارية من ولاية عامة لم يقص حالات تنازع بين الجهازين بشأن بعض النزاعات والإختصاصات في المادة الإدارية، أمر ثبت طوال عقد من الزمن وخاصة بين سنة 1975 و 1995 ليتفطن المشرع بتاريخ 3 جوان 1996 إلى ضرورة إحداث مجلس تنازع الإختصاصات وتوزيعها بمقتضى القانون عدد 38 لسنة 1996 بتاريخ 3 جوان 1996 المتعلق " بتوزيع الإختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس تنازع الإختصاص ".

الفصل الثاني : المحاكم الإدارية المتخصصة

الفرع الأول : المحاكم الإدارية المتخصصة الخاضعة لرقابة المحكمة الإدارية

الفقرة الأولى :المحاكم الإدارية الخاضعة لرقابة المحكمة الإدارية استئنافيا

أ, مجلس المنافسة:

قبل تنقيح قانون المحكمة بقانون 2003 كانت القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة تخضع لأنظار المحكمة الابتدائية ثم أصبحت للمحكمة الإدارية استئنافيا وتتمثل مهمته في النظر في الدعاوى المتعلقة بالممارسات المخلة بالمنافسة والدعاوى المتعلقة بالاستغلال المفرط.

ويتخذ المجلس عقوبات في ذلك كغلق المؤسسات المخالفة.

ب- الهيئة العامة للتأمين:

تتكون هذه الهيئة من رئيس هيئة يعين بأمر من وزير المالية إضافة إلى 10 أعضاء من بينهم 3 قضات؛ وتتمثل وظائفها في منح ترخيص وسطاء التأمين ونزعها منهم، المصادقة على قواعد التعامل المهني، النظر في تقارير الرقابة واتخاذ التدابير في شأنها.

الفقرة الثانية :المحاكم الإدارية الخاضعة لرقابة المحكمة الإدارية تعقيبيا

•محاكم الاستئناف العدلية في مجال النزاعات المهنية.

•كل محاكم الاستئناف العدلية في مجال استخلاص الديون العمومية (الاعتراضات على السندات الإضافية، التنظيم الإجباري، استرجاع الأداء...)

•المحاكم الابتدائية العدلية في بعض الأوامر الجبائية كالجباية المحلية.

•المحاكم الابتدائية العدلية في ما يتعلق بالتسجيل في القائمات الانتخابية التشريعية والرئاسية والبلدية.

•اللجنة المصرفية البنكية.

الفرع الثاني :المحاكم الإدارية المتخصصة الخارجة عن رقابة المحكمة الإدارية

الفقرة الأولى :المحاكم الإدارية الخاضعة لرقابة المحاكم العدلية

- *الهيئة الوطنية للاتصالات:* (حددت بقانون 15 جنفي 2001)
- *هيئة السوق المالية:*
- دائرة المحاسبات: هي مؤسسة دستورية قانون 8 مارس 1969؛ تختص دائرة المحاسبات بالنظر في حسابات وتصرف الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية التي تكون ميزانيتها ملحقة ترتيبيا بميزانية الدولة وكذلك المؤسسات العمومية غير الإدارية والمنشئات العمومية وكل الهياكل التي تساهم الدولة أو الجماعات المحلية في رأس مالها.
- دائرة الزجر المالي:أحدثت بقانون 20 جويلية 1985؛ ولهذه الدائرة صلاحية محاكمة مرتكبة أخطاء التصرف ولا يمكن رفع قضية لدى الدائرة إلا من قبل جهات حددها القانون مثل رئيس مجلس النواب، الوزير الأول، وزير المالية والرئيس الأول لدائرة المحاسبات.وينص القانون على أن القرارات الصادرة عن دائرة الزجر المالي غير قابلة للاستئناف ولا للتعقيب، بيد أنه يمكن أن تكون قرارات الدائرة موضوع قبل للمراجعة لدى الدائرة نفسها.

- قاضي الناحية: يكون حكمه نهائيا عندما يقضي في مادة حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومية (الفصل 47 من قانون 27 جوان 1995).

الجزء الثاني اختصاص القضاء الإداري

إن اعتماد الازدواجية القضائية يطرح بالضرورة مسألة الاختصاص والتي يمكن أن تتولد عنها حالات من التنازع، فمسألة تحديد الاختصاص القضائي قد تكون محل تنازع بين القاضي الإداري والقاضي العدلي لذلك جاء قانون عدد 38 مؤرخ في مارس 1996 يتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم الإدارية والعدلية.

الفصل الأول : توزيع الاختصاص بين القاضي الإداري والقاضي العدلي

لم ينشأ واضعو قانون 1 جوان 1972 آليات لحسم تنازع الاختصاص بين القاضي الإداري والقاضي العدلي؛ وكنتيجة لذلك لم يلبث أن طرحت بسرعة مسألة تنازع الاختصاص كنزاع المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية ومسؤولية الإدارة وغيرها...

أمام هذه الإشكاليات الحادثة، تدخل المشرع بالقانون عدد 83 لسنة 1996 معتمدا وسيلتين لفض تنازع الاختصاص:

الفرع الأول : التوزيع التشريعي للاختصاص

تناول المشرع في الباب الأول من القانون عدد 38 مسألة توزيع الاختصاص معتمدا منهج كل الاختصاص وذلك منعا للانقسام والتشتت داخل المادة الواحدة.

الفقرة الأولى : كتلة اختصاص المحكمة الإدارية :

بالرجوع للفصلين 1 و 2 من القانون عدد 38، أسند المشرع صراحة الاختصاص للمحكمة الإدارية في المجالات التالية:

- دعاوى مسؤولية الإدارة بما في ذلك الدعاوى المتعلقة بالاستلاء
- دعاوى مسؤولية الدولة التي تحل محل أعضاء التعليم العمومي في نطاق التشريع الجاري به العمل.
- النزاعات المتعلقة بأعوان المنشآت العمومية الخاضعين للنظام الأساسي للوظيفة العمومية الراجعين بالنظر للمحكمة الإدارية بمقتضى القانون.

الفقرة الثانية : كتلة اختصاص المحاكم العدلية

بالرجوع للفصل 1 و2 أسند المشرع الاختصاص للمحاكم العدلية في النزاعات التالية:

- دعاوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث العربات والوسائل المتحركة مهما كان نوعها والراجعة للإدارة.
- النزاعات بين المنشآت العمومية وأعوانها وحرفائها أو غيرها.

- النزاعات الناشئة بين صناديق الضمان الاجتماعي ومستحقي المنافع الاجتماعية والجرايات والمؤجرين أو الإدارات التي ينتمي إليها الأعوان في شأن تطبيق الأنظمة القانونية للجرايات والضمان الاجتماعي.

<u>الفرع الثاني : الفصل القضائي لتنازع الاختصاص عبر مجلس تنازع الاختصاص</u>

إن قاضي التنازع ضروري في نظام يعتمد الازدواجية القضائية، وفي هذا الإطار يرى الفقيه Dérobade إنه المكمل الطبيعي للازدواجية القضائية.

تاريخيا، أحدثت محكمة التنازع الفرنسية1849 لمدة وجيزة إلى حدود الجمهورية الثانية؛ ثم وقع إعادة إحداثها بمقتضى قانون 24 ماي 1872؛ وفي وصف وجيز لمحكمة التنازع اعتبرها الفقيه René Chapuis أنها {plus que un théâtre de conflit, le tribunal apparait comme une intenses de rencontre et de dialogue}.

والمتأمل في الفصل 5 من القانون عدد 38 لسنة 96 الذي يحدد تركيبة مجلس تنازع الاختصاص يتأكد من نية المشرع بدت واضحة في إيجاد التوازن في المجلس، ويتكون من ستة أعضاء يقع اختيارهم مناصفة بين قضات محكمة التعقيب وقضات المحكمة الإدارية. كما أن البحث عن الموازنة طغى على المجلس، إذ اختار المشرع بين الرئيس الأول للمحكمة الإدارية ومحكمة التعقيب وتدور رئاسة كل منهما سنتين.

أما على اختصاص المجلس فقد تعرض المشرع إلى ثلاثة حلات:

<u>حالة الفصل 7</u>

ينص هذا الفصل على أنه يمكن للمكلف العام بنزاعات الدولة وللجماعات المحلية وللمنشآت العمومية، في القضية التي يكونون فيها طرفا، أن يدفعوا في مذكرة مستقلة ومعللة بعدم اختصاص إحدى المحاكم العدلية للنظر في هذه القضية، استنادا إلى رجوع النظر فيها إلى المحكمة الإدارية

وتقدم المذكرة بعد اطلاع الأطراف الأخرى عليها ولا تقبل بعد حجز القضية للمفاوضة.وتصدر المحكمة المتعهدة حكما معللا يقضي بإرجاء النظر في القضية وإحالة ملفها على مجلس التنازع ولا يقبل هذا الحكم أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب.ولا يمكن تقديم الدفع المنصوص عليه بهذا الفصل أمام محكمة التعقيب. ينشأ التنازع هنا بين جهة إدارية وجهة قضائي عدلية ، إذ يمكن للجهة الإدارية الطرف في النزاع المرفوع أمام القاضي العدلي أن يطلب منه عدم النظر لعدم اختصاصه.

<u>حالة الفصل 8</u>

يقتضي هذا الفصل أنه إذا تعهدت محكمة التعقيب أو الجلسة العامة للمحكمة الإدارية بنزاع يطرح عند النظر فيه إشكالا جديا حول الاختصاص، لم يسبق البت فيه من قبل مجلس التنازع، يمكن لها تلقائيا أن تحيل بقرار معلل غير قابل لأي طعن، ملف القضية على مجلس التنازع للنظر في مسألة الاختصاص.

حالة الفصل 9

فيه إحالة وجوبية، تفرض صدور حكم بات بالتخلي من طرف محكمة عدم الاختصاص.

نشرت هذه القضية لدى المحكمة التابعة للجهاز القضائي المقابل، فرأت هذه المحكمة أنها غير مختصة، لذلك يتوجب عليها أن تحيل القضية إلى مجلس تنازع الاختصاص الذي يكون مطلبا بإصدار حكمه خلال شهرين من تعهده بالقضية.

ولقد رفض مجلس تنازع الاختصاص في قضية بتاريخ 27 فيفري 2001 الطلب المقدم من المحكمة، إذ لم يكن الحكم الصادر عن المحكمة الأخرى نهائي.

وتعتبر حالة الفصل 9 حالة نادرة جدا بحكم المرافعات بما أنه سيقع التراجع عن الحكم البات. لكن لا بد من توفر شروط لتفادي النزاع السلبي:

•الشرط الأول: يجب على كل من المحكمتين أن تعلن عن اختصاصها، إذ لا يوجد تنازع سلبي، إذ نظرت إحدى المحكمتين في أصل النزاع ورفضت الدعوة.

•الشرط الثاني: يجب أن يكون سبب إعلان عدم الاختصاص هو اختصاص الجهاز القضائي الآخر.

•الشرط الثالث: إحالة الملف على مجلس التنازع يكون بحكم معلل.

الجزء الثاني : نظام الدعاوى والطعون الإدارية: أنواعها وإجراءاتها:

الفرع الأول: الدعاوى الأصلية وفروعها أمام المحكمة الإدارية:

خص المشرع التونسي المحكمة الإدارية بأهم صنفين من المنازعات والدعاوى الأساسية أولها دعوى الإلغاء أو ما يسمى بدعوى تجاوز السلطة (1) والثانية دعاوى المسؤولية أو دعوى التعويض والمعبر عنها بالقضاء الكامل أو القضاء الحقوقي (2).

الفقرة الأولى: دعوى تجاوز السلطة:

وجب تعريف دعوى تجاوز السلطة بكونها آلية أو طريقة قضائية تخول للأفراد حق طلب إلغاء مقرر إداري مخالف للمشروعية القانونية بشكل ينتج عنه إستبعاد تطبيق هذا القرار وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وبالتالي وضع حد لتجاوز السلطة الإدارية العمومية في ممارسة سلطانها التنفيذي الإداري.

وقد أقر المشرع التونسي ضمن الفصل 7 من قانون المحكمة الإدارية الحالات التي تخول ممارسة هذا الطعن وهي: عيب الإختصاص، خرق الصيغ الشكلية الجوهرية، خرق قاعدة من القواعد القانونية، الإنحراف بالسلطة أو بالإجراءات.

ومن آثار دعوى تجاوز السلطة إلغاء المقرر جزئيا أو بصفة تامة، ويترتب عن ذلك وعلى معنى الفصل 8 من قانون 1972 أن: " المقررات الإدارية الواقع إلغاؤها بسبب تجاوز السلطة تعتبر كأنها لم تتخذ إطلاقا ".

وبإلغاء المقرر الإداري يتعين على الإدارة تنفيذه بإعادة وضعية المتقاضي (الوضعية القانونية) إلى حالتها الأصلية وتمتيعه بكامل حقوقه المؤهل إكتسابها، وهو أمر يجعل من أثر الإلغاء إرجاعه إلى سالف الحالة القانونية والمالية لمنظور الإدارة بنفس وضعيته نظرا أنه من الأعوان وكأنه لم يحرم من حقوقه الأصلية .

وتعتبر دعوى تجاوز السلطة من الدعاوى المبدئية الدائمة التي لا تقبل أي إستبعاد أو إقصاء إلا بنص صريح العبارة وفق ما أكدته المحكمة الإدارية في قرارها 1534 بتاريخ 20 نوفمبر 1991 الشريف ضد المجلس الأعلى للقضاء.

هذا الأمر يجعل من دعوى تجاوز السلطة دعوى موضوعية لا شخصية دعوى مشروعية لا حقوقية، وهي دعوى تهم النظام العام بالأساس ذات منفعة عمومية وهذا ما أتى بصريح عبارات المحكمة الإدارية في قرارها 10155 بتاريخ 24 ماي 2003 تقية ضد وزير الدفاع الوطني وقرار 22846 بتاريخ 31 أكتوبر 2001 وزير العدل ضد غانم ... .

إن ممارسة دعوى تجاوز السلطة بصفة مطلقة عادة ما تكون من قبل منظوري الإدارة مصدرة القرار المشوب باللامشروعية ويشترط في هذا القيام إحترام شكليات وشروط ثابتة لممارسة الدعوى شكلا (أ) ومضمونا (ب) .

أ – <u>الشروط الشكلية لدعوى تجاوز السلطة:</u>

- مقومات القيام :

المنظمة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية يكون أمرا حتميا سواء من حيث الأهلية (أهلية القيام) أوالمصلحة أو الصفة أو الآجال أو الشكليات الوجوبية المحددة قانونا.

فأهلية القيام ترتبط ببلوغ سن معينة وهي سن الرشد المدني (18 سنة إلى جانب ضرورة عدم توفر حالة عته أو سفه أو قصور أو حجر على معنى الفصل 163 من مجلة الأحوال الشخصية، إلى جانب ضرورة عدم توفر حالات سلب للحقوق المدنية أو السياسية أو غيرها.كما يتم تمثيل المؤسسات العمومية والجماعات المحلية اللامركزية من قبل رؤسائها غير أنه يمكن لجميع هذه السلطات تفويض من يمثلها قانونا أمام المحكمة الإدارية.وهذا التفويض يخضع لإجراءات قانونية سواء بالنسبة للإدارة وأعوانها أو للإدارة ووكلاء خصامها وأساسا محاموها.

فبالنسبة لهذا التمثيل الذي حدده المشرع بالفصل 33 جديد يختلف عن القاعدة العامة لتمثيل الدولة بواسطة المكلف العام بنزاعات الدولة والمنظم تمثيله بالقانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرخ في 7 مارس 1988 المتعلق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم.

وإلى جانب شرط الأهلية إقتضى القانون المتعلق بإحداث المحكمة الإدارية في فصله 6 أنه: " يقبل القيام بدعوى تجاوز السلطة من طرف كل من يثبت أن له مصلحة مادية أو معنوية في إلغاء مقرر إداري ما " والمقصود بالمصلحة في القيام مجرد تهديد وضعية قانونية أو

حقوقية مادية أو معنوية، مالية أو إعتبارية، مهنية أو حتى عاطفية تمس بالشرف أو الكرامة أو المصلحة أو الإعتبار أو حتى الدين.

هذا المفهوم الواسع للمصلحة يجعلها في تداخل كامل مع شرط الصفة في القيام، وهي سلطة ممارسة حق التقاضي ومباشرة الدعوى، فالورثة مثلا يمكن أن تكون لهم صفة دون مصلحة شأن الوكيل عن الخصام الأمر الذي يجعل للمصلحة شروطا وخصائص هامة لتعريفها، فيجب أن تكون المصلحة في القيام " شخصية " لا مجردة .

- شروط آجال القيام وشكلياته :

فإذا ما كانت إنابة المحامي غير وجوبية في مادة تجاوز السلطة عملا بالفصل 35 جديد من قانون 1972 فإن إمكانية تفويض وكيل حامل لكتب معرف بالإمضاء عليه أمر جائز عدا مادة الطعن في الأوامر الترتيبية التي أوجب المشرع على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 35 جديد وجوب إنابة محام مرسم لدى التعقيب.

- رفع الدعوى للمحكمة ولكتابتها يخضع لإجراءات مبسطة :

حددها الفصل 36 جديد من قانون 1972 تتمثل في تحرير عريضة دعوى ممضاة من العارض بها هوية الطاعن، مقره، مقر خصمه ، الإدارة، الوزارة، عرض موجز للوقائع والمستندات والطلبات صحبة مؤيدات الدعوى من وثائق وغيرها إلى جانب ضرورة الإدلاء بنسخة من مطلب مسبق للسلطة الإدارية المصدرة للقرار إن حصل توجيهه لها.

وإلى جانب عريضة الدعوى وشكلياتها المبسطة على معنى الفصل 36 ترفق لها من قبل العارض نسخة من القرار المراد إبطاله إذا حصل إعلام العارض به بالإضافة إلى نسخة من المطلب المسبق إذا سبق تقديمه للإدارة المعنية أو لغيرها من سلط الإشراف طبق الفقرة الثانية من الفصل 37 جديد من قانون المحكمة الإدارية، وهو إجراء غير وجوبي منذ تنقيح 3 جوان 1996 أي أنه يبقى إختياريا.

ويطرح إشكال الإعلام بالقرار مسألة قانونية تؤثر بحسب الحالات في شروط الدعوى، من ذلك إحتساب الآجال من تاريخ الإعلام المباشر أو من تاريخ الإعلام بالبريد أو من تاريخ التعليق بالإدارة أو من تاريخ النشر بالرائد الرسمي، وقد أكدت المحكمة الإدارية أن الإعلام بالقرار يجب أن يكون إعلاما كافيا يقينيا لإنطلاق إحتساب الآجال وضمان حقوق وحريات الأفراد .

ولئن حدد المشرع آجال القيام بدعوى تجاوز السلطة بشهرين كاملين فإن هاذين الأجلين يمكن تمديدهما عن ممارسة إجراء المطلب المسبق طبق الفصل 37 في فقرته الثانية، وفي صورة تقديم هذا المطلب في أجل الشهرين الموالبين للإعلام يمتد الأجل الخاص لرفع دعوى تجاوز السلطة إلى الشهرين الموالبين لجواب الإدارة عن ذلك المطلب المسبق، وفي صورة سكوت الإدارة عن هذا المطلب يكون الأجل شهرين من تاريخ إنتهاء الشهرين الموالبين لتقديم المطلب المسبق.

هذه الشكليات وبساطتها وسماح المشرع في تمديدها من شأنها أن تعزز مكانة دعوى تجاوز السلطة وإرادة المشرع وفقه القضاء في البحث عن وجه التصدي لأعمال الإدارة الغير مشروعة بموجب دعوى الإلغاء التي لها كذلك شروط موضوعية توازي شروطها الشكلية.

ب – الشروط الموضوعية:

يرتبط الطعن بدعوى تجاوز السلطة بشروط أصلية جوهرية موضوعية تتعلق بالسلطة الإدارية مصدرة القرار وبالقرار ذاته.

- بالنسبة للشروط المتعلقة بالسلطة الإدارية :

يكون الطعن ضد القرارات الإدارية الصادرة عن أشخاص القانون العام سواء كانت مركزية (الوزراء والوزارات، رئاسة الجمهورية)، أو جهوية محلية (البلديات، الولايات، المجالس الجهوية والإدارات المحلية)، إضافة إلى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية فلا مجال في الطعن في القرارات السياسية والدبلوماسية لا القضائية ولا التشريعية أو حتى الإستشارية وهو أمر حدده الفصل الثالث جديد من قانون 1972 بعد تنقيحه بموجب تنقيح 4 فيفري 2002 القاضي بكونه: " تختص المحكمة الإدارية بالنظر في دعوى تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقررات الصادرة في المادة الإدارية ".

- بالنسبة للشروط المرتبطة بالقرار نفسه :

أقر فقه القضاء ضرورة أن يكون قرارا إداريا، أحاديا، موجودا قابلا للتنفيذ، له أثر ثابت على مصالح أو حقوق الغير، وأن لا يكون خاضعا لنظام طعن قضائي آخر موازي.

فبالنسبة لشرط أحادية القرار فيتمثل في إنفراد مصدري القرار وإلزاميته وإنفصامه عن وضعيات قانونية أخرى كالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقود أو الإتفاقيات الرضائية، إضافة إلى عدم تداخله مع الإلتزامات المتبادلة بين السلطة ومعاقدها.

أما شرط قابلية تنفيذ القرار فيتعلق بضرورة أن يكون القرار ملموسا مؤثرا في المراكز القانونية فعليا لا مجردا شأن الأعمال التحضيرية أو الوعود أو الإرشادات وغيرها من القرارات الإحتمالية.

هذا القرار الإداري المطعون فيه بدعوى تجاوز السلطة يجب أن يكون مؤثرا في الوضعيات القانونية والحقوقية للأفراد، إذ بتنفيذه يترتب عنه أثر مادي واقعي مرتبط بتنظيم المرفق العام ويخص منظور الإدارة لا تنظيمها الداخلي أو تراتيبها الداخلية أو توزيع المهام والإختصاصات كقرارات أوقات العمل وأوقات الدرس أو العطل أو توزيع المهام.

هذا القرار الإداري المطعون فيه وإلى جانب هذه الشروط تستوجب أن يكون عير خاضع لأي طريقة طعن موازية وخاصة بوجه قضائي شأن القرارات الجبائية، القرارات الإنتخابية، قرارات الهيئات المهنية، القرارات الديوانية لإدارة الجمارك، أوامر الإنتزاع، السندات التنفيذية وغيرها.

- إن دعوى تجاوز السلطة كأهم دعوى أصلية في القضاء الإداري لا تمنع الإدارة من مواصلة تنفيذ قرارها المطعون فيه :

خص المشرع هذا الطعن بالإلغاء بفرع قضائي مستقل عن الأصل (أصل النزاع)، وهو طلب توقيف تنفيذ القرار المطعون فيه (القسم الرابع من الباب الثاني من قانون المحكمة الإدارية)

ويعرف مطلب إيقاف التنفيذ بكونه إجراء قضائي إستثنائي فرعي لدعوى تجاوز السلطة الغاية منه طلب تعليق تنفيذ القرار المطعون فيه بموجب إذن قضائي من رئيس المحكمة الإدارية خشية تأثير القرار وتنفيذه على وضعيات قانونية وواقعية يصعب تداركها أو يستحيل تدارك عواقب تنفيذه قبل وبعد صدور قرار أصلي بالإلغاء. وقد نص الفصل 39 جديد من قانون المحكمة الإدارية أنه: " لا تعطل دعوى تجاوز السلطة تنفيذ المقرر المطعون فيه، غير أنه يجوز للرئيس الأول أن يأذن بتوقيف التنفيذ إلى حين إنقضاء آجال القيام بالدعوى الأصلية أو صدور الحكم فيها، إذا كان طلب ذلك قائما على أسباب جدية في ظاهرها وكان تنفيذ المقرر المذكور من شأنه أن يتسبب للمدعي في نتائج يصعب تداركها ". ويقع تقديم مطلب توقيف التنفيذ بعريضة مستقلة مبسطة الإجراءات وبوجه مستعجل ذو صبغة متأكدة وتحفظية (الفقرتين 2 و 3 الفصل 39)، ويتم التحقيق في مطالب توقيف التنفيذ بصورة مستعجلة ، هذا الإجراء الفرعي لا يقبل الطعن بأي وجه بل يجوز تجديده أثناء نشر الدعوى الأصلية وفي كل مرحلة من مراحل التقاضي شرط تجديده على أسس ومستندات جديدة غير السابق تقديمها.

وتوقيف تنفيذ القرارات الإدارية عززه المشرع بتنقيح 3 جوان 1996 بغاية تأكيد فعاليته بآليات جديدة مقترنة بهذا الفرع الإستثنائي من جهة التأكد ومن جهة الإستعجال، إذ أقر الفصل 40 جديد أنه: " يمكن للرئيس الاول في صورة التأكد أن يأذن بتأجيل تنفيذ المقرر المطعون فيه إلى حين البت في مطلب توقيف التنفيذ، ويعلم الأطراف فورا بذلك،وفي صورة شديد التأكد يجوز للرئيس الأول أن يأذن بتوقيف التنفيذ طبقا للمسودة "sur menu".

هذه الإجراءات المقترنة بتوقيف التنفيذ حرص المشرع على إبقاءها خاضعة لنفس شروط توقيف التنفيذ من حيث عريضة المطلب وشكلياتها وارتباطها بأصل دعوى تجاوز السلطة، وهي إجراءات تنصهر ضمن نفس مطلب توقيف التنفيذ ولا تستقل عنه، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية بأول قرار في مادة توقيف التنفيذ صدر بعد دخول قانون 1996 حيز التطبيق تحت عدد 41215 بتاريخ 8 جانفي 1997 جاء به: " أن طلب تأجيل التنفيذ هو إجراء تحفظي ينصهر في مادة ومطلب توقيف التنفيذ ولا يستقل عنه، كما أن آثاره (آثار تأجيل التنفيذ) تنتهي بمجرد البت في مطلب إيقاف التنفيذ ".

أما إجراء التنفيذ على المسودة فتمتد آثاره إلى حين صدور حكم في الأصل أي في دعوى تجاوز السلطة، وهو ما أقرته المحكمة الإدارية في قرارها توقيف تنفيذ 984 بتاريخ 18

أكتوبر1997، وهو قرار قدم في نفس اليوم ونفذ في ظرف ساعة من تقديم العريضة بناءا على حالة شديد التأكد وخشية فوات فرصة إجتياز مناظرة شفاهية.

الفرع الثاني: دعوى التعويض أو دعوى المسؤولية:القضاء الكامل أو الحقوقي:

- أمام تعدد أنشطة الإدارة وتطور صيغة تداخلها في القطاعات الإقتصادية، الصناعية، التجارية وحتى المالية وقع تكريس مبدأ المسؤولية المدنية للإدارة مع مراعاة المصلحة العامة ومقتضياتها .
- وتتلخص حالات المسؤولية المثارة أمام المحكمة الإدارية في ثلاث أنواع من النزاعات، أولها النزاعات الحقوقية المتولدة عن وجود عقود وإتفاقيات بين الإدارة ومعاقدها (المسؤولية العقدية)، وثاني هاته النزاعات هي المتولدة عن الأعمال الإدارية غير الشرعية وهي المسؤولية جراء الأخطاء المرفقية أو الشخصية للموظف أو عن غير خطأ أو تحديدا نزاعات المسؤولية المتأتية من أشغال أذنت بها الإدارة وألحقت بالغير ضررا ماديا أو معنويا وكذلك الأضرار المتولدة عن حوادث الأشغال العمومية (المسؤولية عن خطأ وعن غير خطأ، عن الجنحة وشبه الجنحة، المسؤولية التقصيرية)، ويضاف إلى هذين النوعين نوع ثالث من المسؤولية عن الأضرار الغير العادية المترتبة عن أحد أنشطة الإدارة الخطرة كالعمليات الأمنية أو إستعمال المتفجرات أو المواد الكيمياوية أو حالات الإنقاذ أثناء الحريق وغيرها من الأخطاء الحربية والعسكرية.
- هذا الضرر القابل للتعويض يفترض قانونا بشأنه بعض الخصائص التالية لجبره، فلابد أن يكون هذا الضرر أكيدا حاليا لا مستقبليا ومحتملا قابلا للتفاقم أو الإزدياد، كما لابد أن يكون مباشرا أي ضرر ناتج عن الفعل الضار متصلا بالنشاط الإداري الذي أثر في حصول الضرر وتوفر العلاقة السببية المباشرة بينهما، ثم أن يكون الضرر متعلقا بمصلحة مشروعة ومرتبطا بحق مشروع، فمثلا مصلحة الورثة مشروعة والأشقاء أو الخلف وغيرهم ممن تربطهم بالهالك أو المتضرر قرابة أو وجه قانوني، أمر إستقر عليه القضاء الإداري التونسي والفرنسي منذ قرار 11 ماي 1928 (إستبعاد المرأة الخليلة و المعاشرة الحرة)، أما الخاصية الرابعة أو الشرط الرابع للضرر فيتمثل في كونه يجب أن يكون قابلا للتقدير أو التقييم المالي، فالضرر المادي سهل التقدير أو التقييم بعكس الضرر المعنوي أو الجنسي أو الجمالي بحسب درجة الخطورة والآلام وغيرها من الجوانب المجردة.
- ولكن مهما إختلفت درجات الضرر ومهما تشعبت آثاره وأنواعه فإن تعويضه من قبل القاضي الإداري يبقى أمر غير مستبعد منذ نشأة القضاء الإداري التونسي بعكس قضاء الإلغاء الحديث نسبيا والذي لا تختلف نظمه الإجرامية والقضائية في مختلف درجاتها على قضاء التعويض هذا إلا في بعض الجزئيات وعلى مستوى بعض الطعون الأصلية لا الفرعية أو الإستدراكية.

- الطعون الإدارية وإجراءاتها الفرعية:

إذا كانت دعوى تجاوز السلطة لا تثار إجرائيا إلا في آجال محددة ومضبوطة قانونا في الفصل 34 من قانون المحكمة الإدارية وبدون إنابة المحامي ولا شكليات خصوصية عدا المطلب المسبق، فإن دعوى التعويض تستوجب حتما إنابة محام مرسم لدى الإستئناف أو لدى التعقيب فتخضع القاعدة العامة المنظمة بمجلة الإلتزامات والعقود ضمن الفصل 402 الذي نص على أنه: " تسقط بمضي 15 سنة كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة "، بعكس ما

إقتضته بعض الفصول الخاصة كالفصل 46 من مجلة المحاسبة العمومية أو 409 من مجلة الإلتزامات والعقود التي تشترط أجل 5 سنوات للمطالبة بمغارم الدولة ومغارم الإدارات البلدية.

النزاعات الجبائية

المراقبة الإدارية :

الجهاز المكلف بالإدارة :

مصالح الجباية أي هياكل وزارة المالية التي تنقسم إلى :

مصالح داخلية و هي الإدارة العامة للمراقبة الجبائية

مصالح خارجية و تتمثل في المراكز الجهوية لمراقبة الأداءات و مكاتب مراقبة الأداءات.

وسائل المراقبة الجبائية :

حق الزيارة : المعاينة المادية الفصل 8 من مجلة الحقوق و الإجراءات الجبائية

حق التفتيش : المعاينة الجزائية لأثبات إرتكاب مخالفة جبائية الفصل 8 من المجلة

حق الإطلاع : حق إدارة الجباية في مطالبة المطالب بالأداء بالإستظهار بالمعلومات و الوثائق اللازمة في أجل 30 يوما من تاريخ تبليغ المطلب أو الإعلام به حسب الفصل 11 ويلتزم أعوان الإدارة في المقابل بالمحافظة على السر المهني حسب الفصل 15 .

المراجعة الجبائية :

الفصل 36 تنقسم إلى مراجعة جبائية أولية و مراجعة جبائية معمقة .

المراجعة الجبائية الأولية :

الفصل 37 تقع بصفة آلية من الإدارة و لا تخضع للإعلام المسبق للمطالب بالأداء

المراجعة الجبائية المعمقة :

الفصل 38 إلى الفصل 46

إجراءاتها :

الإعلام 39

المدة أقصاها 4 أشهر الفصل 40

المكان بالمؤسسة أو مكاتب مصالح الجباية بطلب من مسير المؤسسة أو مبادرة مصالح الجباية .

أسس المراجعة : تقوم على وجوبية المحاسبة .

نتائج المراجعة الجبائية المعمقة :

الإعلام بنتائج المراجعة : 43 إعلام المطالب بالأداء بالتعديلات على وضعيته الجبائية .

تعديل نتائج المراجعة 46

التوظيف الإجباري :

- **قرار التوظيف الإجباري :**

يمثل الفصل 47 من مجلة الحقوق والإجراءات الأساس القانوني لإجراءات التوظيف :

- عدم الاتفاق على نتائج المراجعة الأولية أو المعمقة.
- صورة عدم الرد كتابيا في الأجل المحدد على نتائج المراجعة (الرد في ظرف 30 يوما من تاريخ التبليغ حسب الفصل 44)
- عدم قيام المطالب بالأداء بإيداع التصاريح الجبائية والعقود التي اقتضاها القانون في أجل 30 يوما من تاريخ التنبيه حسب الفصل 10 وتكون وسيلة التنبيه إما رسالة مضمونة الوصول أو عن طريق عدل منفذ أو حاملي بطاقات الجبر.ويتم التوظيف في هذه الصورة دون احترام موجبات الفصل 49 المتعلق بالإعلام بالكتابة بالتعديلات الجبائية وحق الرد.ويوظف الأداء في هذه الصورة على أساس قرائن قانونية وفعلي وعلى أساس المبالغ التي تضمنها آخر تصريح مع اعتماد حد أدنى للأداء غير قابل للاسترجاع يساوي 50 د عن كل تصريح.
- ولا يحول التوظيف في هذه الحالة دون مواصلة إجراءات المراجعة الجبائية المعمقة.

- **إجراءات رفع الدعوى وكيفية سيرها** :

- رفع الدعوى : تنص الفصول 55 والفصول من 57 إلى 66 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية أن الإجراءات المنطبقة في حالات التوظيف الإجباري هي نفس الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الابتدائية.

ويكون أجل رفع الدعوى 60 يوما من تاريخ تبليغ قرار التوظيف الإجباري للأداء وتختص المحكمة الابتدائية بهذا النزاع وهي المحكمة التي بدائرتها المصلحة الجبائية المتعهدة.

ويكون رفع الدعوى إما بصفة مباشرة من المطالب بالأداء أو عن طريق نائبه القانوني أما إنابة المحامي فهي غير وجوبية إلا إذا تجاوز المبلغ المطلوب 25 ألف دينار.

ويتم تبليغ عريضة الدعوى للمصلحة الجبائية المعنية عن طريق عدل منفذ في أجل لا يقل عن 30 يوما قبل تاريخ الجلسة.

- **سير الدعوى :**

- تمر الدعوى المتعلقة بنزاعات التوظيف الإجباري بمرحلة صلحية وجوبية يشرف عليها القاضي المقرر ويمكن تأخير الجلسة مرة واحدة وذلك بغياب أحد الطرفين.وفي صورة الاتفاق يمنح الطرفان مهلة من التروي والاستشارة فالإمضاء على الصلح لا يكون حينيا.ويحرر القاضي محضرا في نتيجة أعماله وتأذن المحكمة بطرح القضية

في حالة التوصل إلى الصلح أو تواصل النظر._ملاحظة تطبيقية : تم وفي إطار قانون المالية 2015 إلغاء الطور الصلحي أمام القاضي المقرر وتعويضه بلجنة مصالحة داخل إدارة الجباية وذلك بتكوين لجان مصالحة جهوية ولكن لم يقع تفعيل هذه اللجان لحد اللحظة وبالتالي فإن النزاع الجبائي يخضع فقط للطور القضائي دون الصلحي الذي ألغي قضائيا ومازال متعطلا على مستوى التطبيق إداريا.

- المرحلة الحكمية : الجلسات علنية ويمكن الطلب بأن تكون سرية والمطالب بالأداء ليس مطالبا بالحضور شخصيا.وبالنسبة لوسائل الإثبات المعتمدة فإن دعاوي التوظيف الإجباري يستثنى منها شهادة الشهود واليمين ويمكن اللجوء إلى الاختبار لتقدير قيمة العقارات والحقوق العقارية والأصول التجارية في مادة معلوم التسجيل أو الضريبة على الدخل بعنوان القيمة الزائدة العقارية.وينص الفصل 52 من م.ح.إ.ج على أنه إذا تولى المطالب بالأداء دفع 20 بالمائة من أصل الأداء المستوجب أو تولى تقديم ضمان بنكي بنفس النسبة في أجل 60 يوما من تاريخ تبليغ قرار التوظيف الإجباري للأداء فإن البت في القضية يكون في أجل أقصاه 6 أشهر من تاريخ نشر الدعوى أمام المحكمة.
- تنتهي المرحلة الحكمية بحكم ابتدائي الدرجة يكون نافذا بصرف النظر عن إجراءات الطعن إذا كان المبلغ المحكوم به مساويا أو أكبر من المبالغ المستخصلة بموجب قرار التوظيف.وإذا سبق للمطالب بالأداء الحصول على توقيف تنفيذ قرار التوظيف الإجباري للأداء ودفع 20 بالمائة من الأصل أو تقديم ضمان بنكي فإن مفعول توقيف التنفيذ ينتهي بصدور الحكم ويتواصل الاستخلاص.وإذا كان الحكم الابتدائي أقل من المبالغ المستخلصة بموجب قرار التوظيف تصبح الإدارة مدينة.

<u>حالات التوظيف الإجباري :</u>

التصريح المعدوم : عدم التصريح

التصريح المعيب : التصريح الخاطئ

<u>شكليات القرار :</u>

شكل القرار هو قرار إداري معلل الفصل 50

القرار صادر من وزير المالية أو المفوض له كالمدير العام للمراقبة الجبائية .

بيانات القرار : بيانات الإدارة و المطالب بالأداء وعملية التوظيف و حق الطعن في القرار.

<u>النزاع القضائي :</u>

الطور الإبتدائي : الفصل 44 إلى 66 من مجلة الحقوق و الإجراءات الجبائية من إختصاص المحكمة الإبتدائية و يمر النزاع بطور صلحي لا يتجاوز 90 يوما الفصل 61 و الطور الحكمي.

الطور الإستئنافي : الفصل 67 :في أجل 30 يوما من تاريخ الإعلام بالحكم لدى محكمة الإستئناف

الطور التعقيبي : لدى المحكمة الإدارية الفصل 69

العقوبات الجبائية الجزائية :

العقوبات الأصلية :

سيطرة العقوبات المالية : 83 84 نظرا لعدم خطورة المخالفات و ما توفره هذه العقوبات من موارد لميزانية الدولة .

وجود عقوبات سالبة للحرية : تسلط أساسا على أعمال التحيل الجبائي 101 و بعض الجرائم المتعلقة بالمحاسبة و الفواتير.

العقوبات التكميلية :

نشر الأحكام و القرارات الصادرة في المادة الجبائية خلال 5 سنوات

الفصل 106 لا يفرض وجوبية إقترانها بعقوبة أصلية .

حدود الزجر : 78 79 80 إمكانية الصلح الجبائي : قبل صدور حكم نهائي في شأن المخالفة الجبائية الجزائية و يضبط وفق تعريفة يحددها وزير المالية و يؤدي إلى سقوط و إنقراض حق التتبع

الإنتزاع من أجل المصلحة العمومية

القانون عدد 85 في 11 أوت 1976 المتعلق بالإنتزاع من أجل المصلحة العمومية والمنقح بالقانون عدد 26 في 14 أفريل 2003 .

القانون الجديد :

تقرير لجنة التشريع العام حول مشروع قانون يتعلق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية عدد 80 لسنة 2015 :

http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=93945&code_exp=1&langue=1

صادق البرلمان على مشروع القانون عدد 80-2015 المتعلق بالانتزاع للمصلحة العمومية بـ95 صوتا لصالحه وتحفظ 11 مع اقرار ادخال تعديلات عليه وتسجيل انسحاب نائب بمجرد المصادقة على الفصل الرابع.
ضمن ملف الاصلاح العقاري قدمت وزارة التجهيز والاسكان قانون الانتزاع للمصلحة العمومية بحجة تنفيذ المشاريع المعطلة لاسباب عقارية على غرار مشاريع البنية التحتية بشكل عام والتأكيد على التعويض العادل واستأثر هذا القانون في لجنة التشريع العام بالنقاش والدراسة وجلسات الاستماع بغية الانتهاء عند ضمان غرامة الانتزاع العادلة والتأسيس لقانون يقطع مع شوائب الماضي ومارافقها من حالات انتزاع للحساب الخاص او تلك التي

وقع التعويض فيها بمبالغ زهيدة جدا للمنتزع منهم.
يخول للدولة الحق في انتزاع العقارات المهددة بالكوارث الطبيعية و الفيضانات والانزلاقات والانجراف عبر اجلائهم قسرا قبل ان ينسحب من الجلسة العامة.

تغييرات في الانتزاع للمصلحة العمومية

المقترحات التعديلية التي اعلنها وزير املاك الدولة خصت الفصول 4 و7 و23 و30 و34 و42 و45 وقضت بضرورة اعلام اصحاب البنايات المتداعية للسقوط قبل مدة 3 اشهر للشروع في هدمها واقرار ان يتم الانتزاع بامر حكومي يعرض على المحكمة الادارية لابداء الراي ويتضمن الامر نوع المشروع المزمع انجازه.
وفي باب التحوز بالعقارات المنتزعة تم اقرار ان تختص المحاكم العدلية المبينة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية بالدعاوى المرتبطة بالانتزاع من اجل المصلحة العمومية.

الإجراءات الاولية السابقة للإنتزاع :

أمر إنتزاع صادر عن رئيس الجمهورية

الإشهار بالتعليق و الإيداع بمقر الولاية و المعتمدية و البلدية و الولاية و الإدارة الجهوية للملكية العقارية و وسائل الإعلام

إيداع قائمة في أسماء المالكين

لجنة المصالحة و التوفيق :

لجنة إدارة يرؤسها قاضي و تتمثل مهامها في :

الإذن بالإجراءات و التدابير الإشهارية الأولية .

المصالحة و التوفيق و إقناع المالك بقيمة العقار

تلقي الإعتراضات

إنجاز مثال التجزئة النهائي

الإختصاص القضائي :

الفصل 3 جديد يختص القاضي العدلي في كل المراحل

أثارت المحكمة الإدارية إختصاصها عن طريق دعوى تجاوز السلطة .

تنفيذ قرار الإنتزاع :

التحوز في أقرب الآجال بمجرد صدور أمر الإنتزاع و تأمين مبلغ غرامة المنتزع

تنتقل الملكية بترسيم أمر الإنتزاع بالسجل العقاري في العقارات المسجلة و بمجرد صدور أمر الإنتزاع في العقار غير المسجل

العنوان السابع : حقوق الإنسان و الحريات الأساسية

تم تفصيل عديد المواضيع المتعلقة بهذه المادة في إطار إصلاح الإختبارات لذلك سيكون التطرق لها هنا مقتصرا على إبداء بعض الملاجظات الضرورية.

- ينصح في هذا المجال بمتابعة الأخبار السياسية و الحقوقية
- مقال حرية الضمير لعياض بن عاشور
- مراجعة مادة الإجراءات الجزائية خاصة فيما يتعلق بالإحتفاظ و الإيقاف التحفظي .
- قراءة الدستور التونسي و باب الحقوق و الحريات
- دروس الأستاذ عبد الله الأحمدي
- ملاخظات حول قانون العدالة الانتقالية : الأستاذ محمد داوود يعقوب
- المختصر في الحقوق والحريات : الأستاذ الحبيب خضر
- مخطط مبدئي (ليس نهائي وليس دائما) لمواضيع : الحق في الحياة : الحق في حرمة الحياة الخاصة : حرية المعتقد : حرية التعبير : حرية التنقل : الحريات الجماعية الأحزاب و الجمعيات .

1 / تكريس المبدأ :

في النصوص الدولية

في النصوص الوطنية

2 / المساس بالحق :

التعدي المشروع

التعدي غير المشروع

الموضوع الأول : المحاكمة العادلة

- **الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة**

المبحث الأول: الضمانات المتعلقة بالمتهم الموقوف :

1 الإحتفاظ

2 الإيقاف التحفظي:

المبحث الثاني: الضمانات المتعلقة بحقوق الدفاع والحق في التقاضي

1 / الضمانات المتعلقة بالحق في التقاضي

- **مبدأ علانية الجلسات:**
- **مبدأ شفوية إجراءات المحاكمة**

- **مبدأ سرعة الفصل في القضايا الجزائية** (أجال معقولة للتقاضي)
مبدأ تعليل الأحكام الجزائية
مبدأ التقاضي على درجتين

2 / الضمانات المتعلقة بالحق في الدفاع

_ الأسس القانونية للحق في الدفاع :

حق أممي (المادة 14 من العهد الدولي/المادة 20 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية...) حق **دستوري وتشريعي:**

_ المبادئ العامة لحقوق الدفاع : **مبدأ المواجهة ومبدأ الحق في الاستعانة بمحام في جميع مراحل المحاكمة** و**مبدأ توفير الضمانات للمحامي أثناء الدفاع**.

- **الضمانات الجوهرية للمحاكمة العادلة**

المبحث الأول: قرينة البراءة

كل متهم بريء الى أن تثبت ادانته فالأصل في الإنسان الخير والبراءة ولمن ادعى غير ذلك اثبات العكس فما يجب اثباته ليس البراءة بل الإدانة والفعل المجرم وبما أن المتهم لا يمكن أن يعاقب إلا على فعل ثبت قطعيا

1- مبدأ عدم التزام المتهم بإثبات برائته

من أهم نتائج مبدأ قرينة البراءة أن المتهم غير ملزم بإثبات براءته، بل أن النيابة هي التي تثبت الإدانة, فمسألة الإثبات عنصر أساسي في هذا المبدأ

2- **مبدأ فقه قضائي** :**الشك ينتفع به المتهم** (و تبرئة ساحة متهم أفضل من إدانة بريء) وهو مبدأ من المبادئ الأصولية في المادة الجزائية مترتب عن مبدأ قرينة البراءة وهو مبدأ أجمع عليه شراح القانون منذ القدم وله جذور في القانون الروماني.

المبحث الثاني: مبدأ استقلال وحياد القضاء

I-مبدأ استقلال القضاء القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون

يقصد باستقلال القضاء عدم تدخل السلطات الأخرى في عمل القاضي، وعدم تدخل المتقاضين أو الأفراد العاديين أو الرأي العام أو الإعلام في عمل القاضي بصورة تؤدى إلى التأثير على استقلاله وحياده في ممارسته لعمله. فلا يخضع في عمله لغير سلطان القانون وصوت الضمير. ولأهمية استقلال القضاء كضمانة كبرى للقاضي وللمتقاضين على حد سواء فقد نص الدستور على هذه الضمانة الكبرى.

II -مبدأ حياد القاضي

عدم الانحياز لأي طرف في الدعوى وملازمة النزاهة وقد أوجب الفصل 23 من القانون الأساسي للقضاة على أن هؤلاء ملزمون " بأن يقضو بكامل التجرد وبدون اعتبار للأشخاص

أو المصالح.وليس لهم الحكم في قضية استنادا لعلمهم الشخصي ولا يمكنهم المناضلة شفويا أو كتابيا ولو بعنوان استشارة في غير القضايا التي تهمهم شخصيا."

كما انه حين يباشر القاضي مهامه يقسم بأن يقوم بوظائفه " بكل حياد ونزاهة"

الموضوع الثاني : الاحتفاظ في ضوء القانون الجديد

ضمانات المحتفظ به على ضوء قانون 16 فيفري 2016 : بقلم عمر المحيرثي، دارس بالمعهد الأعلى للمحاماة

دخل في غرة جان 2016 القانون عدد 5 لسنة 2016 مؤرخ في 16 فيفري 2016 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الإجراءات الجزائية. و قد جاء هذا القانون نتيجة المتغيرات السياسية التي جدت إبان الثورة التونسية و التي دفعت إلى إعلان جملة من الإصلاحات على المستوى التشريعي.

و رغم تأخر هذا التنقيح لمجلة الإجراءات الجزائية و رغم ما يشوبه من إخلالات شكلية و صعوبات تطبيقية إلا أن ذلك لا ينفي أهميته في ضمان محاكمة عادلة للمشتبه به و تكريس حق الدفاع منذ الوهلة الأولى للإيقاف و ذلك مسايرة لموجة المطالبات المتواترة من المتدخلين في الشأن القضائي و الحقوقي ليكون هذا القانون في تناغم مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان . وللإتيان على مختلف جوانب هذا التنقيح الجديد وجب التطرق أولا إلى محتوى هذا القانون (الجزء الأول) ثم إلى أساس إصداره (الجزء الثاني) لنخلص في الأخير إلى أهم الضمانات التي احتواها (الجزء الثالث).

<u>الجزء الأول : محتوى القانون</u>

ألغى القانون عدد 5 لسنة 2016 المؤرخ في 16 فيفري 2016 الفصلين 13 مكرر و 57 من مجلة الإجراءات الجزائية و عوضهما بالفصلين 13 مكرر (جديد) و 57 (جديد) ، كما أضاف لذات المجلة الفصول 13 ثالثا و 13 رابعا و 13 خامسا و 13 سابعا و فقرة 2 للفصل 37 و فقرة 3 للفصل 78 و فقرة 5 للفصل 142 .

<u>الجزء الثاني : أساس القانون</u>

كان ظهور قانون 16 فيفري 2016 على الساحة الوطنية متأخرا مقارنة بالمشروع الذي أعدته الهيئة الوطنية للمحامين منذ أواخر التسعينات ، و لكنه لم ير النور أنذك و لم يشهد مخاضه الحقيقي إلا بعد الثورة، فالقمع الذي كان يمارس في تلك الفترة و التضييق الحاصل على الحريات و قبضة النظام على السلطة التشريعية كلها حالت دون مرور هذا القانون، لكن و رغم كل ذلك ظل المحامون متمسكون بحق الدفاع و لم يثنهم كل ذلك عن مواصلة مسارهم النضالي و إيصال رسالتهم المتمثلة في ضمان محاكمة عادلة لكل المواطنين و دفع الكثير منهم ثمن النضال المستميت في وجه آلات القمع الموجهة نحوهم .

ثم جاءت الثورة و قطعت مع النظام السابق و كانت الفرصة سانحة و ملائمة لسن تشريعات ترتقي إلى تطلعات العائلة القانونية و الحقوقية و من ورائها الشعب التونسي، فتم انتخاب مجلس وطني تأسيسي تمثلت مهمته في صياغة دستور جديد لتدخل به البلاد في نظام جديد و تقوم الجمهورية التونسية الثانية. و تم فعلا وضع الدستور الجديد و حمل الدولة ضمان الحقوق و الحريات الفردية و العامة لجميع المواطنين و المواطنات كما فرض على الدولة حماية كرامة الذات البشرية و حرمة الجسد و منع التعذيب المعنوي و المادي، و أصبح

التقادم لا يشمل جريمة التعذيب و لم تعد تسقط بمرور الزمن.
لكن أهم مبدأ جاء به الدستور و كرس حضور المحامي منذ الوهلة الأولى للمحاكمة هو مبدأ البراءة أو قرينة البراءة التي نادت كل المواثيق و النصوص الدولية إلى ضرورة احترامها لذلك جعل الفصل 27 من " المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع و المحاكمة" . و ما من شك أن فترة الإحتفاظ تندرج ضمن طور التتبع و هذا ما ارتآه المشرع في تلك الفترة تمهيدا منه لصدور التشريعات التي ستطبقه على أرض الواقع. و تدعيما لمبدأ البراءة نص الفصل 29 من الدستور أنه " لا يمكن إيقاف شخص أو الإحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي. و يعلم فورا بحقوقه و و بالتهمة المنسوبة إليه، و له أن ينيب محاميا.و تحدد مدة الإيقاف و الإحتفاظ بقانون".
و بالرجوع إلى الفصلين 27 و 29 المتقدمين ذكرا يتجه التنويه أن كلا الفصلين تضمنا إضافات جد هامة و هذه الإضافات هي تدعيم قرينة البراءة بحق المحتفظ به في إنابة محام و الإستعانة به أمام أعوان الضابطة العدلية حيث أصبح الإيقاف هو الإستثناء للمبدأ و لا يقع إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي. و لكن ماهو القرار القضائي ؟ هل هو مجرد إذن من النيابة العمومية و نقصد هنا حصرا وكيل الجمهورية ، أم هو قرار يقع اتخاذه بعد عقد الجلسات القضائية و التصريح بالحكم ؟ لنترك الإجابة لفقه القضاء الذي أعتقد أنه سيصدر الكثير من القرارات نتيجة الطعون التي ستكون موجهة له ليفصل فيها سواء من ناحية الإجراءات أو الأصل.
إن حق الدفاع هو حق مقدس و الدفاع من صلب عمل المحامي لذلك كان للمحاماة النصيب الحسن مقارنة بالدستور القديم لسنة 1959 الذي غيب المحاماة مطلقا أو كذلك مقارنة بقانون 1989 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة الذي جعل من المحامي مساعدا للقضاء. لكن المشرع نسخ قانون 1989 بالمرسوم عدد 79 لسنة 2011 مؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة و جعل من المحاماة مهنة حرة مستقلة تشارك في إقامة العدل و تدافع عن الحريات و الحقوق الإنسانية، و هكذا أصبحت العدالة في تونس تقوم على لبنتين هامتين تتشاركان في إقامتها و هما المحاماة من جهة و القضاء من جهة أخرى. و جعل المرسوم المذكور في فصله الثاني من نيابة المحامي أمام الضابطة العدلية ممكنة، و أرسى ضمانات إضافية للمحامي تسهل عليه أداء وظيفته على أحسن وجه فنص في فصله 47 على أنه " لا تترتب عن الأعمال و المرافعات و التقارير المنجزة من المحامي أثناء مباشرته لمهنته أو بمناسبتها أي دعوى ضده". كما استنسخ بالفصل 48 حصانة القاضي و جعل نفس الحصانة تنسحب على أعضاء الهيئة و الفروع الجهوية للمحامين. ثم جاء الدستور الجديد و لأول مرة في تاريخ تونس ليدرج المحاماة في باب السلطة القضائية باعتبارها شريكة في إقامة العدل و نزلها منزلة دستورية إيمانا من المشرع أنذك بالدور الفعال الذي يضطلع به المحامي لضمان محاكمة عادلة للمشتبه به و نص الفصل 105 من الدستور أن " المحاماة مهنة حرة مستقلة تشارك في إقامة العدل و الدفاع عن الحقوق و الحريات. يتمتع المحامي بالضمانات القانونية التي تكفل حمايته و تمكنه من أداء مهامه".

الجزء الثالث : الضمانات المكفولة :

رغم ما يعتري قانون 16 فيفري 2016 من النقائص فهو من الأهمية بمكان نظرا لترسانة الضمانات التي يزخر بها مقارنة بتلك التي كانت في ظل مجلة الإجراءات الجزائية و يمكن

ذكر هذه الضمانات الجديدة في شكل نقاط متتالية :
-لا يجوز لمأموري الضابطة العدلية المبينين بالعددين 3 و 4 من مجلة الإجراءات الجزائية(أعوان الضابطة العدلية من شرطة و حرس وطني) و لو في حالة التلبس بجناية أو بجنحة أو لأعوان الديوانة في نطاق ما تخوله لهم مجلة الديوانة الإحتفاظ بذي الشبهة إلا بمقتضى إذن من وكيل الجمهورية بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا. و يبقى التساؤل عن هذه الوسيلة ماهي أمام النقص اللوجستي الذي تعاني منه جل المراكز.
-لا يجب أن تتجاوز مدة الإحتفاظ 48 ساعة في الجناية أو الجنحة و لا يقع التمديد إلا بإذن كتابي من وكيل الجمهورية لمدة 24 ساعة في مادة الجنح و لمدة 48 ساعة في مادة الجنايات بمقتضى قرار معلل.
-بعد انتهاء مدة الإحتفاظ يجب على مأموري الضابطة العدلية عرض المحتفظ به مصحوبا بملف البحث على وكيل الجمهورية.
-على أعوان الضابطة العدلية تضمين و تلاوة حق المحتفظ به في الإستعنة بمحام يختاره .
-يجب على مأموري الضابطة العدلية إعلام أحد أصول أو فروع أو إخوة أو قرين المحتفظ به أو من يعينه باختياره بالإجراء المتخذ ضده و بطلبه تكليف محام.
-في نطاق الإنابة العدلية إذا لم يختر ذا الشبهة محاميا للحضور معه و كانت التهمة من قبيل الجنايات وجب تسخير محام له.
-يمكن للمحامي أن يقدم ملاحظاته مباشرة إلى قاضي التحقيق خلال أجل الإحتفاظ أو بعده .
-إمكانية انفراد المحامي بمنوبه المحتفظ به لمدة نصف ساعة.
ملاحظة : إستثناءا لما ورد بهذا التنقيح الجديد و في الجرائم الإرهابية يبقى الحق لقاضي التحقيق بمنع المحامي من الإفراد بمنوبه أو منعه لمدة 48 ساعة من الإتصال به لضرورة البحث، مع الإشارة أن مدة الإحتفاظ في الجرائم الإرهابية هي أقصاها 15 يوما تطبيق للأستثناء الوارد بالقانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب و منع غسل الأموال.
أخيرا و ليس آخرا آمل أن يقع إنفاذ هذا المكسب القانوني بطريقة جيدة تضمن حقوق كافة الأطراف بعيدا عن الصدامات و المصادمات و على وزارة العدل و الهيئة الوطنية للمحامين و أيضا وزارة الداخلية و المالية أن يصدرو المناشير التفسيرية و يعمموها على منظوريها لتعم الفائدة و يطبق القانون على أكمل و أحسن وجه.

إجراءات الاحتفاظ ومدته:

لا يجوز لمأموري الضابطة العدلية الاحتفاظ بذي الشبهة إلا بموجب إذن كتابي سابق، صادر عن وكيل الجمهورية لمدة 48 ساعة بالنسبة للجنايات والجنح ولمدة أقصاها 24 ساعة بالنسبة للمخالفات المتلبس بها.

ويمكن لوكيل الجمهورية التمديد كتابيا في أجل الاحتفاظ مرة واحدة فقط لمدة 24 ساعة في مادة الجنح و48 ساعة في مادة الجنايات، ويكون ذلك بمقتضى قرار معلل يتضمن الأسانيد القانونية والواقعية التي تبرره.

من حقك

أن تعلم غيرك بوضعيتك:

يجب على مأمور الضابطة العدلية (الشرطة، الحرس الوطني والديوانة) إعلام عائلة المحتفظ به عند ايقافه وهم:

- الأب او الأم
- الزوج أو الزوجة
- الإبن أو الإبنة
- أي شخص اخر يختاره المحتفظ به
- السفارة أو القنصلية بالنسبة للأجانب

أن تطلب العرض على الفحص الطبي:

يمكن للمحتفظ به أو لمحاميه أو لعائلته أن يطلب من وكيل الجمهورية أو من مأموري الضابطة العدلية خلال مدة الاحتفاظ أو عند إنقضائها طلب إجراء فحص طبي. ويتعين في هذه الحالة تسخير طبيب للغرض حالا لفحص المحتفظ به.

أن تطلب تعيين محام

في الجنايات، يجب تعيين محام وجوبا للمحتفظ به في صورة طلب ذلك

أن تختار محام

لكل شخص محل اشتباه، سواء أكان محتفظا به أو في حالة سراح، في تهمة جزائية، سواء كانت جناية أو جنحة أو مخالفة، أو لعائلته حق طلب الاستعانة بمحام منذ البحث الأولي. و يشمل هذا الحق الضحية.

حيث تمكّن مشورة المحامي في مرحلة ما قبل المحاكمة، الشخص المشتبه به من حماية حقوقه ومن البدء في إعداد دفاعه. ولهذا الحق أهمية بالغة خاصة للمحتفظ بهم لما يمكن المحامي عند حضوره من ضمان لاحترام الإجراءات الخاصة بالاحتفاظ والطعن فيه في صورة مخالفته للقانون. كما يوفر حضور المحامي للمحتفظ به حماية من التعذيب وغيره من ضروب سوء المعاملة، ومن إكراههم على تقديم "اعترافات" تدينهم. ويمثل حضور المحامي منذ البحث الأولي أحد أهم ركائز الحق في محاكمة عادلة حسب المعايير الدولية وحسب الفصل 108 من الدستور التونسي.

محامون بلا حدود

منظمة دولية غير حكومية تأسست سنة 1992 ببلجيكا، تدافع عن حقوق الانسان وتعمل على تعزيز سيادة القانون من خلال ضمان حق التقاضي للفئات الأكثر ضعفا. تعمل منظمة محامون بلا حدود في تونس منذ بداية سنة 2012 وهي تدير مشاريع لتقديم الدعم التقني للفاعلين التونسيين (المنظمات الغير حكومية المدافعة عن حقوق الانسان) في اطار اصلاح المنظومة القضائية وتسعى على إرساء خدمات المساعدة القانونية والنفاذ إليها، هذا إلى جانب عدة مشاريع في علاقة بالعدالة الانتقالية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والحوكمة الرشيدة.

العنوان الثامن : مادة القانون الدولي الخاص

تحديد الإطار القانوني للعلاقات الدولية القائمة بين أشخاص خاضعة للقانون الخاص .

- **موضوع القانون الدولي الخاص :**

المقاربة الضيقة : تنازع القوانين

المقاربة الموسعة : تنازع القوانين و تنازع القضاء

المقاربة الموسعة للقانون التونسي : 4 أقسام تنازع القوانين / تنازع القضاء / الجنسية/الأجانب.

- **مصادر القانون الدولي :**

المصادر الداخلية : مجلة القانون الدولي الخاص – مجلة الجنسية – فقه القضاء

المصادر الدولية : معاهدة مراكش بين دول المغرب العربي في 17 فيفري 1989

الإتفاقيات العربية للتعاون القضائي بالرياض 6 أفريل 1983

فقه القضاء الدولي : المحكمة الدائمة للعدل الدولي و محكمة العدل الدولية

العرف كالحالة المتعلقة بالحصانة القضائية لرؤساء الدول.

- **القوانين الخاصة بالقانون الدولي الخاص في تونس :**

مجلة القانون الدولي الخاص

القانون 8 مارس 1968 المتعلق بوضعية الأجانب الذي يحدد شروط دخول و بقاء الأجانب في تونس

القانون 18 أوت 1988 المحدد للنظام المنطبق على شركات التجارة الدولية

القانون 27 أوت 1998 المتعلق بعقارات على ملك الأجانب

الباب الثالث من مجلة التحكيم : الفصول من 47 إلى 82 .

الفصل 162 ف 2 مجلة التجارة البحرية .

الجزء الأول : النزاعات القضائية :

قواعد القانون القضائي في نزاع دولي يشمل مسألتين :

- الإختصاص الدولي للهيئات القضائية في تونس
- آثار القرارات الأجنبية في تونس :

العنوان الأول : الإختصاص الدولي للهيئات القضائية في تونس :

معرفة الإختصاص تتطلب التطرق إلى :

النظام المزدوج في مادة الإختصاص الدولي في المحاكم التونسية

النظام العام في نزاع أشخاص طبيعيين و معنويين من القانون الخاص

النظام الخاص أطرافها دولة أجنبية ، مجموعة عمومية و أشخاص يتصرفون في سيادتها .

المبحث الأول : النظام العام :

لا بد من التأكد من الإختصاص حتى تنظر المحكمة في النزاع الدولي . حسب الفصل 3 إلى 10 م ق د خ.

إذ أن حالات الإختصاص الدولي للمحاكم التونسية صنفان إختصاص مطلق و إختصاص ممكن.

القسم الأول : الإختصاص الدولي المطلق للمحاكم التونسية :

الفقرة الأولى : إختيار المتقاضين على المحاكم التونسية يسمح لها بالإختصاص المطلق

الفقرة الثانية : حالات الإختصاص الإقصائي : الفصل 8

- نزاع مؤسس على السيادة : النزاعات المتعلقة بالجنسية التونسية أي إقرار تمتع الشخص المعني بالجنسية التونسية و الدعاوي المتعلقة بطلب إجراء تحفظي للتنفيذ بالتراب التونسي إذ أن القوة العامة لا تستجيب إلا لأوامر سلطة قضائية وطنية ف 8 ف 4 .
- الإقصائية المؤسسة على الرغبة في حسن سير القضاء : يختص القضاء التونسي في الدعاوي الإستحقاقية و الحوزية المتعلقة بالعقار الموجود في تونس ف 8 فقرة 2 و الدعاوي المتعلقة بإجراء جماعي مفتوح في تونس ف 8 فقرة ثالثة كنزاعات الديون في مادة الإفلاس
- الحالات الممنوحة بنص خاص : الفصل 33 من إتفاقية المغرب العربي

القسم الثاني : الإختصاص الدولي الممكن للمحاكم التونسية :

الإختصاص يخضع للمنافسة مع المحاكم الأخرى الأجنبية إذ يعرف كل نظام قانوني طريقة أحادية تحدد حالات إختصاص محاكمه خارج فرضيات الفصل 8

يعتمد القانون التونسي على معيارين إما على أساس إرتباط إقليمي بالقانون التونسي أو على أساس إتفاق مشترك بين الأطراف .

الفقرة الأولى : المعايير الإقليمية :

1 / المعيار الرئيسي : المدعي يرفع دعواه أمام محكمة المدعي عليه . الفصل 3

2 / المعايير التكميلية الإحتياطية : 3 أصناف من معايير إرتباط النزاع بالإقليم التونسي :

+ المعايير المؤسسة على فكرة القرب :

في الإلتزامات (في المسؤولية التقصيرية حدوث الواقعة بتونس أو الضرر في تونس و في المسؤولية التعاقدية عند تنفيذ العقد بتونس) و لا تختص المحاكم التونسية إذا إشترط أطراف العقد إسناد الإختصاص لمحكمة دولة أجنبية .

في نزاعات الأموال : تختص المحاكم التونسية في الأموال المنقولة إذا كان موضوعها حق منقول موجود في تونس ف 5 فقرة 8 و في أموال التركات إذا كان نزاع التركة إفتتح بتونس أو مرتبط بإنتقال الملكية بموجب إرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد ف 6 فقرة ثالثة .

أو نزاعات الملكية الفكرية إذا وقع التمسك بها في تونس .

+ المعايير المؤسسة على فكرة الإنصاف :

حماية الطفل إذا كان في تونس دعاوي البنوة

حماية الطرف المحتاج الدائن في دعاوي النفقة في تونس فصل 6 فقرة ثانية

+ المعايير المؤسسة على فكرة الترابط : النظر في النزاعات الدولية إذا كانت مرتبطة بقضية أخرى منشورة لديها فصل 7

الفقرة الثانية : التوسيع الإرادي للإختصاص الدولي للمحاكم التونسية :

الفصل 4 إما صريحا أو ضمنيا

المبحث الثاني : النظام الإستثنائي :

يتمتع أصحاب السلطة الأجنبية كرئيس الدولة و الاعوان الديبلوماسيين و القناصل بحصانة قضائية .

يتمتع الأشخاص المعنويين الأجانب بالحصانة القضائية الفصل 19 و 20 من المجلة .

العنوان الثاني : آثار القرارات الأجنبية في تونس :

+ شروط الإذن بالتنفيذ : الفصل 11 المبدأ الإذن بالتنفيذ و الإستثناء الرفض

لا بد من إكساء الحكم بالصبغة التنفيذية.

+ العوائق :

العوائق بالرجوع إلى النظام القانوني المستقبل كعدم إختصاص القاضي الأجنبي الذي أصدر القرار أو عدم تطابق القرار الأجنبي مع النظام العام التونسي جوهريا أو إجرائيا .

العوائق بالرجوع إلى النظام القانوني الأصلي كالصبغة غير التنفيذيى للقرار الأجنبي أو عدم إحترام قاعدة المعاملة بالمثل . الفصل 11 فقرة 5

الجزء الثاني : تنازع القوانين :

تقوم أساسا على المنهج التنازعي الذي يقوم على قاعدة التنازع و عنصر الإسناد .

- **<u>المقاربة الثابتة لقاعدة التنازع :</u>**

- **<u>وصف قاعدة التنازع الكلاسيكية :</u>**

1 / الهيكلة :

الفصل 56 عنصر الإسناد الجنسية / 73 فقرة 1 مكان وقوع الحادث / في الأحوال الشخصية الجنسية و مقر الإقامة / في الحقوق العينية مكان وجود الأموال / في مادة الإلتزامات إرتباط وثيق بمصدر الإلتزامات .

2 / خصائصها :

الطابع غير المباشر : تعين القانون المنطبق و ليس جوهره

الطابع الثنائي : يمكن أن تعين القانون الوطني أو الأجنبي

الطابع الحيادي : مبدأ المساواة بين القوانين .

- **<u>تعديل هيكلية قاعدة التنازع :</u>**

1 / تطور الدور المعترف به للأطراف : إرادة الأطراف في الميدان التعاقدي 62 و توسع في صنف الإلتزامات غير التعاقدية كحادث مرور التمسك بقانون مكان الحادث . 73

2 / توسع سلطات القاضي : الفصول 50 إلى 52 و الفصل 54 و 26

- **<u>المقاربة الديناميكية لقاعدة التنازع :</u>**

- **<u>تعيين القانون المنطبق :</u>**

إختيار القانون المنطبق فتحديد قاعدة التنازع فتعيين القانون :

مبدأ هيمنة المفاهيم الوطنية في عملية التكييف 27 فقرة أولى

الإستثناء لتفادي الهيمنة : الإشكاليات المنظمة بالمعاهدات الدولية

سلطة قاعدة التنازع قد تهم النظام العام 28 أو تكون ملزمة للقاضي

- **<u>تطبيق القانون المعين :</u>**

يطبق القانون الوطني و كأن النزاع داخلي لا يطرح إشكاليات

- **تطبيق القانون الأجنبي :**

البحث عن محتوى القانون الأجنبي 23 فقرة ثانية

وسائل الإثبات حرة 32 فقرة ثالثة

تأويل القانون الأجنبي امام القاضي الوطني

عوائق تطبيق القانون الأجنبي : النظام العام يستثني تطبيقه أو التحايل على القانون الفصل 30 من المجلة .

العنوان التاسع : طرق التنفيذ

العقلة التحفظية، العقلة التوقيفية، العقلة التنفيذية، عقلة الأجور والمرتبات ، عقلة المنقولات وبيعها، عقلة العقارات وبيعها،عقلة القيم المنقولة وحصص الشركاء وبيعها، صعوبات التنفيذ.

تتعلق دراسة طرق التنفيذ أساسا بالتعرف على الوسائل والإجراءات التي يوفرها القانون للدائن للحصول على وفاء المدين بالتزامه وفي هذا الإطار ينص الفصل 192 من مجلة الحقوق العينية " أن مكاسب المدين ضمان لدائنيه " ففي صورة مماطلة المدين وامتناعه عن التنفيذ اختياريا فإنه يتولد للدائن الحق في التنفيذ الجبري أب ببيع مكاسب المدين لاستخلاص الدين.

وفي كل الحالات فكلما تعذر التنفيذ العيني فإن التنفيذ يتم بأداء قيمة الشيء المتنازع عليه.

والتنفيذ له وجهان فردي مألوف ويمارسه دائن بذاته وخاص به وتنفيذ جماعي (الإجراءات الجماعية / 459 م.م.م.ت).

وتهتم مجلة المرافعات بالتنفيذ الفردي فيما ينظم التنفيذ الجماعي عبر قوانين خاصة.

والتنفيذ الجبري لا يتم إلا بموجب سند تنفيذي وعن طريق عدل منفذ الذي له اللجوء للقوة العامة.

الفصل 253 (نقح بالقانون عدد82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

كل نسخة تنفيذية من حكم يكتب بطالعتها ما يأتي :

الجمهورية التونسية

باسم الشعب التونسي أصدرت محكمة كذا الحكم الآتي نصه، ويذكر بآخره ما يأتي :

وبناء على ذلك فإن رئيس الجمهورية التونسية يأمر ويأذن سائر العدول المنفذين بأن ينفذوا هذا القرار أو الحكم إن طلب منهم ذلك والوكلاء العامين ووكلاء الجمهورية بأن يساعدوا على ذل ك، وس ائر آم ري وضباط القوة العامة بالإعانة على تحقيق تنفيذه عندما يطلب منهم ذلك بصفة قانونية.

وبموجب ذلك أمضي هذا القرار أو الحكم.

وينظم التنفيذ كما ذكر في مجلة المرافعات إلى جانب نصوص خاصة في المادة التجارية (الإفلاس) أو مجلة التجارة البحرية (عقلة السفن وبيعها)

وتتميز الأحكام المتعلقة بطرق التنفيذ باتصالها بالنظام العام وتضمن مصالح الدائن والمدين والغير.

ويمكن تقسيم القواعد المتعلقة بالتنفيذ إلى قسمين رئيسيين : القسم الأول يتعلق بالقواعد العامة للتنفيذ الجبري والقسم الثاني يتعلق بالعقل .

الجزء الأول : القواعد العامة للتنفيذ الجبري :

الفصل الأول : القواعد ذات الصبغة الموضوعية :

المبحث الأول : السند التنفيذي :

لا يمكن التنفيذ الجبري إلا استنادا إلى سند تنفيذي فنسخ الأحكام نوعان نسخ مجردة لا تنفذ ونسخ تنفيذية تنفذ.

تنقسم السندات التنفيذية إلى صنفين فمنها ما هو صادر عن هيئة قضائية ومنها ما هو غير صادر عن هيئة قضائية.

بالنسبة للأحكام الصادرة عن الهيئة القضائية : فيها الأحكام (تنفذ إلا الأحكام التي أحرزت على قوة اتصال القضاء والأحكام التي أذن فيها بالتنفيذ الوقتي بقطع النظر عن الاستئناف ولو لم تحرز على اتصال القضاء 125 / 126) وتقبل الأذون على العرائض والأحكام التحضيرية بإجراء اختبار والأوامر بالدفع فهي تقبل التنفيذ.

بالنسبة للأحكام غير الصادرة عن هيئة قضائية :هي عديدة ومنها ما هي ذات صبغة مالية وجبائية كقرارات التوظيف الإجباري وبطاقات الإلزام الصادرة عن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي أو عن البنوك فيما تعلق بقروض بنكية إذا كان البنك من البنوك التي لها موارد من ميزانية الدولة فلها إصدار بطاقة إلزام بعد مصادقة وزير المالية عليها.

<u>المبحث الثاني : محل التنفيذ :</u>

التنفيذ في المادة المدنية لا يتم على الذات وإنما على الذمة المالية حسب الفصل 192 .

ولقد رتب المشرع الأموال القابلة للعقلة ومنع التنفيذ على بعض الأصناف من الأموال.

الفصل 304 : التنفيذ على المنقولات قبل العقارات.

الفصل 307 : لا يمكن إجراء العقلة على أكثر مما يلزم لخلاص الدين.

308 : الأشياء التي لا تقبل العقلة ولا يمكن بيعها من المدين :

الفصل 308

لا يقبل العقلة :

1) ما يلزم للمعقول عنه وعائلته من الفراش والملابس وأواني الطبخ،

2) الآلات والكتب اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حد ما قيمته مائة دينارا حسب اختياره،

3) الكتب والأدوات المدرسية اللازمة لتعلم من هو في كفالة المعقول عنه من الأولاد،

4) ما يكفي من طعام المعقول عنه وعائلته مدة خمسة عشر يوما،

5) الأوسمة والرسائل والأوراق الشخصية والأشياء المقدسة وما هو ضروري للقيام بالواجبات الدينية.

ويضيف الفصل 331 المتعلق بالعقلة التوقيفية أشياء أخرى لا تقبل العقلة وهي :

الفصل 331

لا تقبل العقلة التوقيفية :

أولا: النفقة إذا صدر بها حكم.

ثانيا : التسبقات ذات الصبغة المعاشية عن تعويض ضرر ناشئ عن جنحة أو شبهها،

ثالثا: المبالغ التي تمنحها الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية بعنوان إعانة فردية دورية أو عرضية مهما كان مبلغها ومستحقها.

على أن عدم قابلية العقلة المشار إليه لا يمكن الاحتجاج به على الدائنين الذين أمدوا المدين المعقول عنه بالمواد الغذائية والأشياء وغير ذلك مما هو ضروري للحياة.

أما بخصوص الأجور والمرتبات فهي تقبل العقلة طبقا لجدول محدد بالفصل 354 من المجلة ضمانا للحاجيات الأساسية للمدين.

ويستثنى كذلك من العقلة الأثاث والعقارات اللازمة لنشاط النقابات المهنية (الفصل 245 من مجلة الشغل) وجرايات حوادث الشغل والجرايات العمرية.

<u>المبحث الثالث : موعد التنفيذ :</u>

مدة نفاذ الأحكام 20 سنة من تاريخ صدورها حسب الفصل 257 من مجلة المرافعات ويفترض الحكم احترام شروط الإعلام به بواسطة عدل التنفيذ ومنح أجل 20 يوما للإذعان (الفصل 287) و أجل 24 ساعة في تنفيذ القرارات الاستعجالية والأوامر بالدفع المتعلقة بكمبيالات صدر في شأنها احتجاج بعد الخلاص أو الشيك دون رصيد أو لفائدة نقابة المالكين.

وخلال أجل الإذعان يمكن للدائن اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات تحفظي لحماية حقه كإجراء العلقة التحفظية أو العقلة التوقيفية.

ويحجر إجراء التنفيذ ليلا وفي الأعياد الرسمية إلا بترخيص من رئيس المحكمة (291 من المجلة) ولا يكون في الأعياد الدينية (292 من المجلة).

وفي جميع الحالات لا حق للعدل المنفذ في إجراء التنفيذ بمحضر القائم بالتتبع احتراما للمحكوم ضده وتجنب لرد فعل من جانب الخصم.

<u>الفصل الثاني : القواعد ذات الصبغة الشخصية :</u>

<u>المبحث الأول : أطراف التنفيذ :</u>

<u>الفقرة الأولى : طالب التنفيذ :</u>

المحكوم لفائدته أو الممثل القانوني للقاصر أو للمحجور عليه أو للذات المعنوية ولمحامي المحكوم لفائدته حق متابعة التنفيذ أو لوكيله كذلك وينتقل الحق في التنفيذ للورثة والخلفاء الخاصين ودائني المحكوم لفائدته حسب صريح الفصل 288 من المجلة.

حق طلب التنفيذ مخول للمحكوم له ولممثله القانوني و لوكيله ولمحاميه ولخلفائه وكذلك لدائنيه بالشروط الواردة بالقانون.

<u>الفقرة الثانية : الطرف المنفذ ضده الحكم :</u>

هو المحكوم ضده وفي صورة وفاته فالتنفيذ يتم على ورثته بصفتهم حالين محله طالما لم يرفضوا التركة (241 م ا ع) وذلك بعد إعلامهم بالحكم وانقضاء أجل الإذعان المنصوص عليه بالفصل 287 من المجلة حتى ولو سبق إعلام المحكوم ضده بالحكم قبل وفاته (289)

المبحث الثاني : حقوق الغير :

الحكم لا يهم مبدئيا إلا الطرفين .

الفصل 403 من المجلة :

إذا ادعى الغير ملكية المعقول كلا أو بعضا فإن العدل المنفذ بعد إجرائه العقلة ي ستدعي الط رفين للحضور لدى حاكم الأمور المستعجلة بمكان العقلة وفقا لأحكام الفصلين 210 و211.

وإذا رأى هذا الحاكم أن دعوى الاستحقاق جدية فإنه يأذن بتوقيف أعمال التنفي ذ وي ضرب لم دعي الاستحقاق أجلا قدره خمسة عشر يوما لرفع الأمر لمحكمة الأصل.

وإذا تم نشر دعوى الاستحقاق في هذا الأجل فإن التتبعات تتوقف وجوبا إلى أن يقع النظر بصفة باتة في تلك الدعوى.

وإذا لم يدل مدعي الاستحقاق بما يفيد نشر دعواه في الأجل المذكور فإنه يقع استئناف التتبعات بداي ة من الحد الذي انتهت إليه في أول الأمر وبدون أي إجراء آخر أو حكم.

ودعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتتبعات والمعقول عنه ولم تشتمل على بي ان حجج الملكية.

الجزء الثاني : القواعد الخاصة للعقل

العقلة إجراء رسمي يباشره العدل المنفذ ولها أشكال مختلفة كالعقلة التحفظية والعقلة التنفيذية والعقلة التوقيفية والعقلة العقارية.ويمكن تصنيف العقل إلى عقل تتعلق بالمنقولات من جهة والعقلة العقارية من جهة أخرى.

الفصل الأول : عقلة المنقولات :

المبحث الأول : عقلة المنقولات تحت يد المدين :

منقولات طبيعية (الفصل 14 م.ح.ع) ومنقولات حكمية (305 من م.م.م.ت) لا تعقل إلا مع الأصل التي هي جزء منه إلا إذا كانت العقلة لصناعه أو باعته أو لمن أقرض مالا لإشترائه أو صنعه أو إصلاحه أي المنقول الحكمي.

الفقرة الأولى : العقلة التحفظية :

إجراء وقائي يتخذه الدائن لمنع المدين من التفريط في مكاسبه لغاية جعلها على ذمة التنفيذ الجبري وبيعها عند الاقتضاء لاستخلاص الدين وهي تتم استنادا إلى حكم أو بدونه.

تجرى استنادا لأي دين ولو كان غير ثابت يهدد استخلاصه خطر لكن لا تشمل الأشياء غير القابلة للعقلة (الفصل 308 من م.م.م.ت) فلا يشترط وجود سند تنفيذي إذ يمكن أن تكون بناء على حكم ابتدائي أو خلال مدة الإذعان دون إذن مسبق من المحكمة ويمكن أن تكون عند إثارة إشكال تنفيذي بخصوص هوية المحكوم ضده.

وفي بقية الحالات لا تجرى إلا بإذن على عريضة من قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية.

ويقبل الإذن على العريضة القاضي بإجراء العقلة التحفظية الرجوع فيه (الفصل 219 : في أجل 8 أيام من تاريخ العلم بالإذن والاستدعاء للجلسة في أجل لا يتجاوز 8 أيام أخرى).

وعمليا فإن القاضي يشترط القيام بقضية أصلية في ظرف 15 وما وإلا فإن العقلة ترفع بصفة تلقائية.

ويفترض محضر العقلة التحفظية تنصيصات وجوبية نص عليها الفصل 325 من م.م.م.ت.

وتبقى الأشياء المسلطة عليها العقلة في حوزة المدين إلى أن يتم تحويلها إلى عقلة تنفيذية.

الفقرة الثانية : العقلة التنفيذية :

تهدف إلى بيع ممتلكات المدين واستخلاص الدين من ثمنها.

- شروطها :

عند حصول الدائن على سند تنفيذي وإذا سبق إجراء عقلة تحفظية يتولى العدل المنفذ تحويلها إلى عقلة تنفيذية بعد انتهاء أجل الإذعان (287) وإذا لم يسبق إجراء عقلة تحفظية يقع إجراء العقلة التنفيذية مباشرة.

وإضافة للمنقولات والعقارات الحكمية يمكن أن تعقل الصابات والثمار التي قابلت النضج قبل جنيها (محضر العقلة في هذه الحالة يتضمن بيان العقار وموقعه ونوع وأهمية الثمار أو الصابة المعقولة ولو على وجه التقريب وإلا يكون باطلا).

وفي جميع الحالات يعين العدل حارسا للأشياء المعقولة عادة ما يكون الحارس بالمحل أو المعقول عنه ولا تعهد الحراسة للدائن العاقل أو أقاربه ومن في خدمته إلا إذا رضي المعقول عنه بذلك.

ويقع تعويض الحارس بموجب إذن على عريضة في صورة أي إخلال يقوم ب.

وتخضع العقلة التنفيذية لشروط شكلية يضبطها الفصل 392 :

الفصل 392

يجب أن يقع التنصيص بمحضر العقلة التنفيذية أو تحويل العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية على ما يلي وإلا يكون باطلا :

1) السند التنفيذي الذي أجريت العقلة أو التحويل بمقتضاه وإعلام المعقول عنه بهذا السند،

2) المبلغ المطلوب أداؤه،

3) حضور أو مغيب المعقول عنه وعند الاقتضاء المكلف بالحراسة عن عمليات العقلة أو التحويل،

4) تاريخ بيع الأشياء المعقولة وساعته ومكانه.

ويجب علاوة على ذلك أن يحمل المحضر إمضاء أو علامة إبهام المكلا ف بالحراس ة س واء ك ان المعقول عنه نفسه أو غيره من الأشخاص.

- آثارها :

يتم بيع المنقولات المعقولة عقلة تنفيذية بعد 8 أيام من يوم العقلة وعند الاقتضاء من يوم إعلام المعقول عنه بالعقلة إلا إذا اتفق الطرفان على أجل آخر أو تم اختصار الأجل لطبيعة المعقول أو مصلحة الطرفين.

ويجوز للمدين المعقول عنه إحضار من يرغب في شراء الأشياء المعقولة بثمن يكفي لخلاص الدين وفوائضه ومصاريفه قبل موعد البتة (394) ومن حق المدين الحصول على رفع العقلة وإيقاف إجراءاتها إذا أحضر مبلغ الدين ومصاريف العقلة .

وعلى العدل المنفذ كذلك طلب تعيين خبير لتحديد قيمة المنقولات لتكون قيمة الثمن الافتتاحي وتحديد مصاريف الاختبار التي يسبقها الدائن القائم بالتتبع. (394 مكرر) .

ويتم إشهار البيع قبل 4 أيام على الأقل حسب الفصل 396 :

الفصل 396 (نقح بالقانون عدد 82 لسنه 2002 المؤرخ في 3 اوت 2002)

يقع البيع بالمزاد العلني بأقرب سوق عمومية أو بأي مكان من شأنه أن يحقق البيع فيه أحسن نتيجة.

ويتم الإشهار عن هذا البيع قبل وقوعه بأربعة أيام على الأقل بسعي من العدل المنفذ وبواسطة إعـ لان ينشر بصحيفتين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية إحداهما باللغة العربية.

ويتضمن الإعلان وجوبا الهوية الكاملة للعاقل وللمعقول عنه ومهنة كل واحد منهما ومقـ ره والاسـ م التجاري إن وجد وتاريخ البيع وساعته ومكانه وتشخيص الأشياء المعقولة تشخيصا موجزا وشروط معاينتهـ ا والثمن الافتتاحي وتاريخ رفع هذه الأشياء والتسبقة الواجب تأمينها.

ويمكن نشر إشهار تكميلي مناسب لأهمية الأشياء المعقولة بمقتضى إذن على عريـ ضة غيـ ر قابـ ل للطعن.

ولا تقبل المزايدة إلا ممن سبّق مبلغا يساوي عشر الثمن الاحتياطي على الأقل ضمانا لجدية المزايدة (397) ويباع المعقول لآخر مزايد ولا يتم تسليمه للمشتري إلا بعد دفع باقي الثمن وكامل المصاريف (397).

أما المصوغ فإن بيعه :

الفصل 398

لا يمكن أن يباع المصوغ ولا الأشياء الثمينة بثمن دون قيمتها المقدرة من طرف أمين.

وإذا كان الثمن الذي بلغته المزايدة دون هذه القيمة تولى العدل المنفذ عرض تلك الأشياء مـ ن جديـ د على الإشهار بسوق من أسواق المصوغ.

إذا لم يتقدم راغب في الشراء تؤجل البتة لموعد يعينه العدل المنفذ مع إمكانية تخفيض الثمن الافتتاحي ب 10 بالمائة وإذا لم يتقدم راغب في الشراء للمرة الثانية فعلى العدل المنفذ تأخير موعد البتة من جديد مع إمكانية التخفيض في الثمن الافتتاحي ب 20 بالمائة.

وإذا لم تقع مزايدة تباع المنقولات لآخر راغب في الشراء أو للدائن العاقل بالثمن المحدد بعد التخفيف وإلا رفعت العقلة تلقائيا.

وإذا لم يدفع المبتت له باقي ثمن التبتيت والمصاريف في أجل 7 أيام من تاريخ البتة فإن الأشياء المبتتة يعاد بيعها من جديد بموجب النكول.

وكذلك :

الفصل 400 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

ينجر عن البيع الواقع بموجب نكول المشتري الأول فسخ البيع الأول بأثر رجعي .

والناكل في البيع ملزم بالنقص الذي يحصل بين الثمن الذي بتّ به المبيع له وبين الثمن الحاصل من البيع الجديد الواقع بموجب النكول، وليس له طلب ما عسى أن يزداد في الثمن الجديد للبيع.

وليس للناكل في البيع طلب إسترداد التسبقة المؤمنة، حتى يباع المعقول من جديد. فإن ظهر نقص في ثمن البيع بالمقارنة مع الثّمن الذي تم به البيع أول مرة، فعلى العدل المنفذ أن لا يرجع للناكل إلا ما تبقى من التسبقة بعد طرح قيمة ذلك النقص ومصاريف البتة الأولى وإضافتها إلى محصول البيع.

وإن تجاوز النقص قيمة التسبقة جاز لكل ذي مصلحة القيام على الناكل لإلزامه بدفع الباقي.

الفصل 401

للناكل في البيع إلى اليوم المعين للبتة بإخراج الغاية أن يوقف إجراء بيع المنقول ثانيا بموجب نكوله إذا أدلى بما يثبت أداءه لثمن التبتيت وملحقاته وكذلك أداءه للمصاريف التي ترتبت عن نكوله.

المبحث الثاني : العقلة تحت يد الغير : (العقلة التوقيفية) :

تتميز بأطرافها الثلاثة : الدائن العاقل والمدين المعقول عنه والغير المعقول تحت يده.

الفقرة الأولى : القواعد العامة للعقل التوقيفية :

تهدف هذه العقلة إلى جعل المبالغ المالية والمنقولات المسلطة عليها العقلة موقوفة بيد المعقول تحت يده ونصبه حارسا عليها إلا إذا فضل تسليمها للعدل المنفذ.

وتخضع العقلة التوقيفية إلى شروط أساسية إذا تحققت أمكن مباشرة إجراءات تصحيحها.

أ) شروط العقلة التوقيفية :

تأخذ العقلة التوقيفية من العقلة التحفظية صبغتها الوقائية ومن العلقة التنفيذية صبغتها التنفيذية فيمكن إجراءها بناء على سند تنفيذي أو حتى في غياب سند تنفيذي بناء على مجرد دين ثابت.

ولا بد أن يكون الدين ثابتا وحالا وبعد مماطلة المدين.

الفصل 330 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين كل في حدود نظره عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يفي بخلاص الدين المطلوب من المبالغ المالية والمنقولات التي يملكها هذا المدين أو يستحقها ولو كان استحقاقه لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط.

ولا حاجة لاستئذان القاضي إذا كان بيد الدائن حكم ولو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ.

ويستثنى من العقلة التوقيفية :

الفصل 331

لا تقبل العقلة التوقيفية :

أولا: النفقة إذا صدر بها حكم.

ثانيا : التسبقات ذات الصبغة المعاشية عن تعويض ضرر ناشئ عن جنحة أو شبهها،

ثالثا: المبالغ التي تمنحها الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية بعنوان إعانة فردية دوريـ ـة أو عرضية مهما كان مبلغها ومستحقها.

على أن عدم قابلية العقلة المشار إليه لا يمكن الاحتجاج به على الدائنين الذين أمدوا المدين المعقـ ـول عنه بالمواد الغذائية والأشياء وغير ذلك مما هو ضروري للحياة.

ويشتمل المحضر على مجموعة من التنصيصات وإلا اعتبر باطلا :

الفصل 332 (نقحت الفقرة الثانية بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

يحصل إجراء العقلة التوقيفية بواسطة محضر يحرره العدل المنفذ ويعلم بـ ـه المعقـ ـول تحـ ـت يـ ـده ويضيف إليه نسخة من الحكم الذي أجريت العقلة بمقتضاه أو من القرار الذي أذن بإجرائها ومن العريـ ـضة التي بني عليها هذا القرار.

ويجب أن يشتمل هذا المحضر على ما يلي وإلا يكون باطلا:

أولا: التنصيص على القرار الذي أذن بإجراء العقلة التوقيفية أو الحكم الذي أجريت بمقتضاه.

ثانيا: بيان مقدار دين العاقل.

ثالثا: بيان الهوية الكاملة للمدين المعقول عنه ومقره، وبيان عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانـ ـه إن كان تاجرا أو شخصا معنويا.

وإن لم يكن المدين مرسما فالتنصيص على ذلك صراحة بالمحضر.

رابعا: النص الحرفي للفصول 333 و337 إلى 339 و 341 من هذه المجلة.

ب) تصحيح إجراءات العقلة التوقيفية :

تنظمه الفصول 335 و 336 و 337 وتختص بها المحكمة الكائن بدائرتها مقر المدين.

الفصل 335 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

على الدائن العاقل أن يعلم المدين المعقول عنه بالعقلة في ظرف خمسة أيام مـ ـن إجرائهـ ـا بواسـ ـطة محضر محرر من أحد العدول المنفذين ومشتمل على استدعائه للحضور أمام المحكمة المختصة خلال أجـ ـل لا يقل عن ثمانية أيام ولا يتجاوز واحدا وعشرين يوما لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة وإلا بطلت العقلة.

ويتم تقييد القضية وجوبا لدى كتابة المحكمة المختصة في أجل لا يتجاوز ثمانية وأربعين سـ ـاعة مـ ـن تاريخ استدعاء المعقول عنه.

أما إذا أجريت العقلة بإذن القاضي فيجب أن يكون استدعاء المدين راميا أيضا إلى سماع الحكم عليـ ـه بأداء دين العاقل. وفي هذه الصورة يقع البت بحكم واحد في طلب الأداء وفي صحة إجـ ـراءات العقلـ ـة. وإذا كانت العقلة مجراة بمقتضى حكم غير قابل للتنفيذ فإنه يقع تأجيل النظر في طلب تـ ـصحيح العقلـ ـة إلـ ـى أن يصبح الحكم المشار إليه قابلا للتنفيذ.

الفصل 336 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

يجب على الدائن العاقل أيضا أن يدخل الغير المعقول تحت يده في القضية المرفوعة لتصحيح العقلة قبل إنعقاد الجلسة الأولى بخمسة أيام على الأقل. ويجب أن يتضمن محضر الإدخال عدد القضية وتاريخ الجلسة وإلا بطلت العقلة.

الفصل 337 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

يجب على المعقول تحت يده أن يتولى في أجل أقصاه يوم جلسة المرافعة تقديم تصريح كتابي إلى كاتب المحكمة المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل في ذلك أو بالجلسة نفسها.

ويتضمن التصريح المذكور:

1) أسباب الدين المتخلد بذمته لفائدة المعقول عنه ومقداره.

2) أسباب إنقضائه كلا أو بعضا إن كان قد انقضى وتاريخه.

3) العقل التوقيفية الأخرى التي سبق إجراؤها تحت يده ضد المعقول عنه وبقي مفعولها عاملا وكذلك الاعتراضات الواقعة بمقتضى الفصل 313 من هذه المجلة مع بيان تاريخها وأسبابها وأسماء الدائنين العاقلين أو المعترضين وألقابهم وعناوينهم.

4) الديون المحالة من المعقول عنه والتي وقع إعلام المعقول تحت يده بها أو قبلها مع بيان تاريخها وأسماء المحال إليهم وألقابهم وعناوينهم.

وعلى المعقول تحت يده أن يضيف إلى تصريحه جميع الأوراق المؤيدة له.

وإذا كانت تحت يده منقولات على ملك المعقول عنه وجب عليه أن يضيف إلى تصريحه قائمة مفصلة فيها.

الفقرة الثانية : القواعد الخاصة بعقلة الأجور والمرتبات :

يمكن لكل من بيده سند تنفيذي أن يجري عقلة توقيفية بين يدي مؤجري مدينه وذلك على الأجر أو المرتب الراجع لهذا المدين.

ويختص قاضي الناحية بالحكم في هذه العقل مهما كان المبلغ موضوع العقلة فهو يأذن عند فشل المحاولة الصلحية بالخصم من مرتب المدين لفائدة الدائن طبقا لجدول ينظمه الفصل 354 من المجلة.

الفصل الثاني : عقلة العقارات :

لا يجوز الالتجاء إلى عقلة العقارات إلا بعد استنفاذ المنقولات ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الديون الموثقة برهن عقاري ففي هذه الحالة من حق الدائن تتبع العقار مباشرة.

وكما هو الشأن بالنسبة للمنقولات فإنه من حق الدائن اتخاذ إجراءات تحفظية على العقارات قبل اتباع إجراءات تبتيتها.

المبحث الأول : الإجراءات التحفظية :

تتلف هذه الإجراءات باختلاف طبيعة العقار.

الفقرة الأولى : العقارات غير المسجلة :

إن الإجراء الاحتياطي الذي يمكن أن يتخذ الدائن على عقار مدينه غير المسجل يتمثل في عقلته عقلة تحفظية وهذه العقلة تخضع لنفس الشروط والإجراءات المقررة في مادة عقلة المنقولات.

الفقرة الثانية : العقارات المسجلة :

تتمثل أساسا في الاعتراض التحفظي وهو يهدف عند ترسيمه بالرسم العقاري إلى تجميد هذا الرسم إذ يحول دون ترسيم أية عملية تتعلق به باستثناء البيع الواقع إثر عقلة عقارية.

ولكل دائن بيده سند تنفيذي أو سند مرسم حل أجل أداء دينه أن يبلغ إلى مدينه بواسطة عدل منفذ إعلاما ينذره فيه بأنه في صورة عدم الوفاء بالدين يتولى طلب ترسيم اعتراض تحفظي على عقاراته المسجلة.

وإذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أو سند مرسم فمن حقه ترسيم اعتراض تحفظي على عقارات مدينه المسجلة بعد حصوله على إذن في ذلك من رئيس المحكمة الابتدائية.

ويجب أن يتم ترسيم الاعتراض التحفظي في أجل أقصاه 90 يوما من تاريخ الإنذار وكل ترسيم يتم بعد هذا الأجل يعتبر باطلا.

ويدوم نفاذ هذا الاعتراض مدة عامين من تاريخ إجراءه وبانقضاء هذا الأجل يرفع بصفة تلقائية.

ولا بد من التمييز بين الاعتراض التحفظي والقيد الاحتياطي فالاعتراض التحفظي له مفعول العلقة التحفظية على عقار مسجل أما القيد الاحتياطي فهو يهدف إلى تقييد دعوى جارية في الرسم العقاري وذلك لحماية الحق المتنازع فيه في صورة صدور حكم يؤكده (الفصل 365 م.ح.ع).

والقيد الاحتياطي لا يجرى إلا بإذن يصدره رئيس المحكمة الابتدائية بناء على عريضة تحال على مدير الملكية العقارية لإبداء رأيه فيها.

ويسقط القيد الاحتياطي ويصبح غير ذي مفعول بمضي 3 أعوام من تاريخ ترسيمه ما لم يتم تجديده بإذن على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار.

المبحث الثاني : بيع العقارات :

إذا كانت قيمة العقار موضوع التتبع لا تتجاوز 7 آلاف دينار فإنه يتم إتباع الإجراءات المقررة ببيع المنقولات بشأنها وفيما عدا على ذلك فإن بيع العقارات سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة تتم طبقا للإجراءات المنصوص عليها بالفصل 410 وما بعده.

وتقتضي هذه الإجراءات إشهارات رسمية بالرائد الرسمي وبالتعليق بالمحكمة المتعهدة بالتبتيت وبمكتب المحامي القائم بالتتبع وبمدخل العقار موضوع التبتيت ويحدد الخبير الثمن الافتتاحي.

ويتم البيع بقاعة الجلسة والمحكمة هي التي تأذن بافتتاح إجراءات التبتيت وهي التي تعلن عن نتيجته عند انطفاء النور الثالث.

• عقلة الأوراق المالية وحصص الشركاء وبيعها : الفصل 404 إلى الفصل 409 .

هذه الورقات كتبت أساسا بالاعتماد على ما كتبه

الأستاذ محمد الطيب بن شعبان : محاضرة ختم تمرين لسنة 2013 – 2014

بعنوان " عقلة الأوراق المالية وحصص الشركاء وبيعها "

الفصل الأول: شروط عقلة الأوراق المالية و حصص الشركاء و بيعها

المبحث الأول : في الشروط المتعلقة بالأوراق المالية و حصص الشركاء

الفقرة الأولى: تحديد الأوراق المالية و حصص الشركاء القابلة للعقلة

تشمل الأوراق المالية على معنى مجلة الشركات التجارية الأسهم و الرقاع و الأسهم ذات الأولوية في الربح دون حق الإقتراع و سندات المساهمة و شهادات الإستثمار و شهادات حق الإقتراع[28] في حين أنها تشمل و على معنى موجبات الفصل الأول من القانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرخ في 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية الأسهم و الأسهم ذات الأولوية في الربح دون حق الإقتراع و شهادات الإستثمار و سندات المساهمة و الرقاع القابلة للتحويل إلى أسهم و حصص صناديق التوظيف الجماعي في الأوراق المالية و الحقوق المرتبطة بالأوراق المالية التي سبق ذكرها و الأدوات المالية الأخرى القابلة للتداول داخل أسواق منظمة.

الفقرة الثانية: مضمون الأوراق المالية و حصص الشركاء القابلة للعقلة

تمنح الأوراق المالية و حصص الشركاء لأصحابها إما حقوقا سياسية و مالية معا على غرار الأسهم و حصص الشركاء و إما حقوقا مالية فقط من ذلك الأسهم ذات الأولوية في الربح و شهادات الإستثمار[29] و من البديهي هنا الإشارة إلى أن العقلة تقتصر على الحقوق المالية أما الحقوق السياسية على غرار الحق في التصويت و الحق في الحضور و الترشح فتلك حقوق غير ذمية لا تقبل العقلة[30] فالعقلة تتسلط إذن على الحقوق المالية ضرورة أن مكاسب المدين ضمان لدائنيه على معنى أحكام الفصل 192 من م ح ع و بإعتبار أن رأس مال الشركة ضمان لدائنيها على معنى أحكام الفصل 5 من م ش ت.

و جدير الملاحظة هنا أنه و بالنسبة لحصص الشركاء داخل شركات الأشخاص فإن الأمر و على خلاف شركات الأسهم لا يقف في حدود رأس مال الشركة بل يمتد إلى أموال الشركاء الخاصة و الموجودة خارج إطار الشركة وهو ما قد يخرج المسألة من نطاق عقلة الحصص إلى غير ذلك من المكتسبات الأمر الذي ينأى عن نطاق هذه الدارسة.

المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالعقلة

---

[28] يراجع في هذا الصدد الفرع الخامس من العنوان الأول من الكتاب الرابع من مجلة الشركات التجارية.

[29] من ذلك مثلا شهادات الإستثمار.

[30] من المتجه هنا التنويه إلى أن هناك من الفقهاء من يعتبر أن شهادة الإقتراع ورقة مالية وهو ما لا يستقيم ضرورة أن هذه الشهادات لا تمنح لصاحبها إلا حقوقا سياسية وهي حقوق لا يمكن عقلتها الامر الذي يكون معه القول بأنها ورقة مالية قول في غير طريقه .

فقرة أولى : في عدم ملائمة العقلة التحفظية

خلع المشرع التونسي عن الأوراق المالية أي صبغة مادية و ذلك بموجب القانون عدد 35 لسنة 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية وهو ما أفضى إلى إستحالة عقلة الأوراق المالية تحفظيا لعدم إمكان وجودها بيد مالكها ذلك أن السندات غير المادية يتم مسك حساباتها من قبل الذات المعنوية التي أصدرتها و التي لا تكون هي الحامل لها إذ أن الشخص لا يعقل أن يكون شريكا في نفسه أودائنا لها و هو ما دفع بالمشرع الإجرائي إلى تكريس قاعدة حتمية خضوع الأوراق المالية إلى قواعد العقلة التوقيفية و ذلك صلب أحكام الفصل 405 من م م م ت.

غير أن ذلك قد يفرز إشكالا قانونيا و ذلك في صورة شراء الشركة بعضا من أسهمها لتعديل قيمتها في السوق أو منع تدهورها عملا بأحكام الفصل 19 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/11/14 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية فإذا تم القول بعدم جواز عقلة هذه السندات تحفظيا تحت يد الشركة المصدرة و المالكة لها فإن ذلك سيؤول حتما إلى إهدار حق الدائن دون أي مبرر.

و في سبيل تجاوز هذا الإشكال يتجه التأكيد بداية أن أحكام الفصل 19 المذكور تقتصر على الأوراق المالية الخاصة بشركات المساهمة العامة هذا من جهة و من أخرى تنص أحكام الفقرة الأولى من الفصل 79 من القانون عدد 117 لسنة 1994 على أنه " يتم وجوبا إلى جانب الأوراق المالية المسلمة إلى أصحابها من طرف الشركات المصدرة إيداع الأوراق المالية المدرجة بالبورصة من طرف تلك الشركات لدى شركات الإيداع و المقاصة و التسوية في شكل شهادة جماعية وحيدة بعدد الأوراق المدرجة" وهو ما يجيز ضرب عقلة تحفظية على هذه الأسهم لدى شركات الإيداع و المقاصة و التسوية.

و حيث ينهض مما سبق جواز عقلة الأوراق المالية تحفظيا لدى الشركة المصدرة لها و تلك عقلة و إن كانت تحفظية غير أنها تصبطغ بصبغة العقلة التوقيفية على معنى أحكام الفصل 405 من م مم ت ضرورة أن العقلة تتم ليس بين يدي المدين و إنما بين يدي الغير سواء كانت الشركة المصدرة أو شركات الإيداع و المقاصة و التسوية.

أما بالنسبة لحصص الشركاء فينص الفصل 407 من م مم ت فقرة اولى أنه " يجوز أن تعقل توقيفيا بين أيدي الشركة الحصص في شركات في شركات المفاوضة أو المقارضة البسيطة أو ذات المسؤولية المحدودة و كذلك الأسهم و أجزاء الأسهم في الشركات ذات رأس المال المتغير".

ويؤخذ من عبارات الفصل المذكور أنه لا حائل يحول دون عقلة حصص الشركاء عقلة تحفظية بإعتبار أن عبارة " يجوز الواردة في طالع الفصل 407 تفيد الإمكان و كأن بالمشرع التونسي يسعى إلى التنظير بين إجراءات عقلة حصص الشركاء و إجراءات عقلة الأوراق المالية غير أن ذلك لا يقف حائلا دون عقلة حصص الشركاء تحفظيا هذا فضلا عن جواز عقلتها توقيفيا و تلك ميزة بين حصص الشركاء و الأوراق المالية أكدتها عبارات الفصل 405 من م م م ت التي توجب عدم بيع الاوراق المالية إلا بعد عقلتها توقيفيا.

فقرة ثانية: في ضرورة ضرب عقلة توقيفية

إقتضى المشرع صراحة صلب أحكام الفصل 405 من م م م ت أن الأوراق المالية تخضع إلى نظام العقلة التوقيفية و تتمثل العقلة التوقيفية في تجميد أموال راجعة للمدين و موجودة فعليا تحت يد الغير و منعه من تسليمها إلى صاحبها (المدين).و ذلك إلى حين بيعها و استخلاص الدين منها إن كان الدين ثابتا بسند تنفيذي أو إلى حين الحكم بصحة العقلة و استيفاء دينها من قيمتها إن قضي بصحة العقلة[31].

و تتميز العقلة التوقيفية عن العقلة التحفظية من حيث أن الثانية تجرى على الأموال الموجودة تحت يد المدين نفسه **و مبدئيا فإن ذلك لا يستقيم بالنظر للصبغة غير المادية للأوراق المالية و حصص الشركاء**.

و تتم هذه العقلة بين يدي الشركة المصدرة لها نفسها في صورة ما إذا كانت هي الماسكة لحساباتها أما إذا كان الحساب الذي قيدت به الأوراق المالية ممسوكا من قبل وسيط مرخص له طبق الفصل 314 من م ش ت فإن العقلة تجري بين يدي ذلك الوسيط المرخص له.

ويحصل إجراء العقلة التوقيفية بواسطة محضر يحرره العدل المنفذ و يعلم به المعقول تحت يده و يضيف إليه نسخة من الحكم الذي أجريت العقلة بمقتضاه أو من القرار الذي أذن بإجرائها و من العريضة التي بني عليها هذا القرار.

و يجب أن يشتمل محضر العقلة التوقيفية على ما يلي و إلا يكون باطلا: أولا: التنصيص على القرار الذي أذن بإجراء العقلة التوقيفية أو الحكم الذي أجريت بمقتضاه. ثانيا: بيان مقدار دين العاقل. ثالثا: بيان الهوية الكاملة للمدين المعقول عنه و مقره و بيان عدد ترسيمه بالسجل التجاري و مكانه إن كان تاجرا أو شخصا معنويا. و إن لم يكن المدين مرسما فالتنصيص على ذلك صراحة بالمحضر. رابعا: النص الحرفي للفصول 333 و 337 إلى 339 و 341 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية.

كما أنه على الدائن العاقل أن يعلم المدين المعقول عنه بالعقلة في ظرف خمسة أيام من إجرائها بواسطة محضر محرر من أحد العدول المنفذين و مشتمل على إستدعائه للجلسة للحضور أمام المحكمة المختصة خلال أجل لا يقل عن ثمانية أيام و لا يتجاوز واحدا و عشرين يوما لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة و إلا بطلت العقلة. كما يجب على الدائن العاقل أيضا أن يدخل الغير المعقول تحت يده في القضية المرفوعة لتصحيح العقلة قبل انعقاد الجلسة الأولى بخمسة أيام على الأقل و يجب أن يتضمن محضر الإدخال عدد القضية و تاريخ الجلسة و إلا بطلت العقلة.

فقرة ثالثة: في الشروط المتعلقة بسند العقلة :

يجب التمييز هنا بين الصورة الأولى و تتعلق بحيازة الدائن لحكم و الصورة الثانية و ذلك في صورة غياب ذلكم السند. و لكن و قبل التمعن في ذلك فإنه لا بد من الوقوف عند الشرط

---

[31] يراجع في هذا الصدد موجبات الفصل 333 من م م م ت.

الأولي و هو أن يكون الدين ثابتا و معنى ذلك أن لا يكون الدين موضوع نزاع أو يستلزم اجراء وسيلة من وسائل البحث بقصد اثبات قيمته[32].

أما في صورة حيازة الدائن لحكم فإنه يتجه بداية تحديد مفهوم الحكم وهو ما ضبطه الفصل 330 من م م م ت الذي ينص " و لا حاجة لإستئذان القاضي إذا كان بيد الدائن **حكم و لو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ** " و الجدير بالذكر في هذا السياق هو أن أحكام الفصل المذكور لا تستوجب أن يكون الحكم سند العقلة قابلا للتنفيذ على معنى احكام الفصل 285 من م م م ت أي الحكم الذي لم يعد محل طعن بأحد وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ.

و اي كان الأمر فإنه على الدائن العاقل القيام بقضية أمام المحكمة المختصة لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة و إلا بطلت العقلة و ذلك على معنى أحكام الفصل 335 من م م م ت فقرة أولى التي تنص " على الدائن العاقل أن يعلم المدين المعقول عنه بالعقلة في ظرف خمسة أيام من إجراءها بواسطة محضر محرر من أحد العدول المنفذين و مشتمل على استدعائه للحضور أمام المحكمة المختصة خلال أجل لا يقل عن ثمانية أيام و لا يتجاوز واحدا و عشرين يوما لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة و إلا بطلت العقلة"[33].

أما لو لم يكن بحوز الدائن سند فإنه يستأذن رئيس المحكمة الابتدائية أو قاضي الناحية كل في حدود نظره لإجراء عقلة توقيفية و عليه القيام أمام القاضي المختص غير أنه و في هذه الصورة فإنه على الدائن العاقل القيام بدعوى رامية إلى الحكم على المدين بأداء دين العاقل و كذا بصحة إجراءات العقلة و ذلك عملا بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 335 من م م م ت الذي ينص " أما إذا أجريت العقلة بإذن القاضي وجب ان يكون استدعاء المدين راميا أيضا إلى سماع الحكم عليه بأداء دين العاقل و في هذه الصورة يقع البت بحكم واحد في طلب الأداء و في صحة إجراءات العقلة".

الفصل الثاني: في بيع الأوراق المالية و حصص الشركاء

على خلاف ما يقتضيه الأمر بالنسبة للعقلة التوقيفية أو حتى التحفظية من جواز إجرائها حتى بغياب سند تنفيذي على معنى أحكام الفصلين 285 و 287 من م م م ت فإنه و حتى يتسنى مباشرة أعمال البيع فإنه لا بد من حيازة الدائن العاقل لسند تنفيذي أي لحكم لم يعد خاضعا لأي وسيلة من وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ و المتمثلة أساسا[34] في الطعن بالإستئناف[35] .

و نميز في إطار بيع الأوراق المالية و حصص الشركاء و ذلك عند حيازة الدائن العاقل لسند تنفيذي بين بيع الأوراق المالية (المبحث الأول) و بيع حصص الشركاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول: في بيع الأوراق المالية

---

[32] يراجع في هذا الصدد القرار التعقيبي عدد 24431 الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2003.

[33] يراجع في هذا الصدد موجبات الفقرة الأولى من الفصل 14 من م م م ت.

[34] غير أنه يجوز وبمناسبة الطعن بالتعقيب أن يقد م الطاعن طلب الإيقاف التنفيذ وذلك على معنى أحكام الفصل 194 من م م م ت.

[35] يراجع في هذا الصدد موجبات لفصل 146 من م م م ت الذي ينص " استئناف لأحكام الإبتدائية يعطل تنفيذها إلا فيما استثناه القانون".

و نميز في هذا الإطار بين نظام بيع الأوراق المالية داخل إطار البورصة (الفقرة الأولى) و بين نظام بيع الأوراق المالية خارج إطار البورصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: في بيع الأوراق المالية في إطار البورصة

ينص الفصل 186 من الترتيب العام للبورصة أنه " تتم بيوعات الأوراق المالية للأحكام القضائية تحت مسؤولية العدل المنفذ المكلف بالتتبع و وسيط البورصة المكلف بالبيع طبقا لأحد الإجرائيين التاليين حسبما تقرره البورصة:

-البيع مباشرة في السوق

-البيع بالمزاد العلني".

أ-: البيع مباشرة بالبورصة

ينص الفصل 189 من الترتيب العام للبورصة على أنه " يتم البيع مباشرة في السوق كلما تعلق الأمر **بأوراق مالية مدرجة بالبورصة إذا كانت الكميات المعروضة للبيع لا تتجاوز الإمكانيات العادية للسوق.** و يقوم وسيط البورصة المكلف بالعملية ببيع الأوراق المالية حسب الإجراءات العادية المتبعة في السوق"

و يجلو من عبارات الفصل المذكور أن البيع مباشرة بالبورصة يقتصر على الأوراق المالية المدرجة بالبورصة و يكون بكميات لا تتجاوز الإمكانيات العادية للسوق.

ب- البيع بالمزاد العلني

وهو بيع من نوع خاص بالنظر لكونه يتم بالبورصة من جهة و لأنه خاضع لقواعد استثنائية من جهة أخرى و ذلك تجنبا للبطئ الذي يعطل البيع بالمزاد العلني وهو ما لا ينسجم و المعاملات بالبورصة المتسمة بالسرعة.وإعتبارا لهذه المعطيات فقد تم إقرار البيع بالمزاد العلني و لكن بما يتلاءم وخصوصية السوق المالية.

و تأسيسا على ذلك فإنه و عملا بأحكام الفصل 190 من الترتيب العام للبورصة[36] فإن البيع بالمزاد العلني هو إجراء خاص بالأوراق غير المدرجة بالبورصة و كذا بالأوراق المدرجة بالبورصة التي لم يقرر لها إجراء البيع المباشر في السوق وذاك دليل على سعة مجال البيع بالمزاد العلني لشمولها للأوراق غير المدرجة بالبورصة و كذا الأوراق المدرجة بالبورصة التي لم يقرر لها إجراء البيع المباشر في السوق و لقد أجاز الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة سحب نظام التداول إلى شركات المساهمة الخصوصية إذ يقتضي " تتم البيوعات العدلية للأوراق المالية التي تصدرها شركات المساهمة الخصوصية حسب اختيار العدل المنفذ إما بالبورصة و في هذه الحالة فإنها تنجز حسب شروط الباب السابق أو خارج البورصة تحت مسؤوليته و في هذه الحالة الثانية فإنه يجب أن تسجل نتيجة التبتيت لاحقا

---

[36] الذي ينص على ما يلي " يتم البيع بالمزاد العلني و حسب الشروط التي تضبطها البورصة و يخصص هذا الإجراء إلى الأوراق المالية غير المدرجة بالبورصة أو التي لم يقرر لها إجراء البيع المباشر في السوق...".

بالبورصة طبقا لأحكام الباب الأول من العنوان الثالث من هذا الترتيب العام من قبل وسيط البورصة الذي يعينه العدل المنفذ".

و تجد هذه الإمكانية أساسها في موجبات الفقرة الأخيرة من الفصل 71 من قانون 14 نوفمبر 1994 الناصة على ما يلي " إلا أنه يمكن تداول الأوراق المالية المصدرة من طرف شركات المساهمة الخصوصية بطلب من عارضيها أو طالبيها الذين يرومون الإستفادة من مزايا السوق و ذلك طبقا للشروط التي يحددها الترتيب العام للبورصة".

و يكون البيع بالمزاد العلني بواسطة التداول داخل السوق الخارجة عن الإدراج و ذلك طبقا لأحكام الفصل 74 من الترتيب العام للبورصة الناص على ما يلي " يتم تداول اوراق المساهمة في راس المال وسندات الدين التي تصدرها شركات المساهمة العامة غير المدرجة بالبورصة في سوق يشار اليها فيما يلي بالسوق الموازية."

و يتسم البيع بالمزاد العلني بالتدخل الضروري للبورصة و ذلك طبقا لموجبات الفصل 190 من الترتيب العام للبورصة الناص على أنه " يتم البيع بالمزاد العلني و حسب الشروط التي تضبطها البورصة ... و يعلن عن هذا البيع في بلاغ من البورصة يضبط كمية الأوراق المالية المعروضة للبيع و طبيعتها و خصائصها والسعر الأدنى المطلوب و تتم المزايدة من طرف وسطاء البورصة و تصرح البورصة بالتبتيت حال ما تنفذ المزايدات و ينشر سعر التبتيت في بلاغ و تضبط البورصة في قرار شروط إنجاز عمليات البيع بالمزاد العلني".

و تتدخل البورصة لضبط شروط تقديم طلب البيع بالمزاد العلني و قد تم تنظيم طريقة تقديم طلب البيع بموجب قرار البورصة عدد 14 لسنة 1997 المتعلق بشروط البيع بالمزاد العلني خارج السوق المركزية و هي طريقة تذكر في جانب كبير منها الطريقة المقررة صلب القرار عدد 22 لسنة 1997 المتعلق بضبط قائمة الوثائق المطلوبة في البيوعات القضائية.

في هذا الصدد نتساءل هل أن الوسيط بالبورصة[37] المكلف بالبيع ملزم بتقديم نفس الوثائق قبل أن تقرر طريقة البيع و كذا بعد أن يتخذ هذا القرار أم أنه ملزم بأن يقدم في كل مرة طلب و ذلك قبل خمسة أيام من حصة تنفيذ البيع أليس حريا الإكتفاء بطلب واحد وهو ما يجعل من الطلب الثاني المصحوب بالوثائق أمرا غير مجد هذا فضلا عما يرتبه ذلك من إهدار للوقت.

و عند تسلم الطلب المدعم بالوثائق اللازمة تقوم البورصة بتفحص الملف و التثبت من مدى تواجد التنصيصات الوجوبية ثم تقوم بإشهار العملية بواسطة إشعار ينشر بنشرية البورصة طبقا لأحكام قرار البورصة عدد 41 لسنة 1997 المتعلق بشروط البيع بالمزاد العلني خارج السوق المركزية و الذي ينص على أنه " بتسلم الطلب تقوم البورصة بفحص الملف و نشر العملية بنشريتها و ذلك قبل حصتين على الأقل من حصة البيع".

وهو ما أكده أيضا الفصل 190 من الترتيب العام للبورصة الذي ينص " ...ويعلن عن هذا البيع في بلاغ من البورصة يضبط كمية الأوراق المالية المعروضة للبيع و طبيعتها و خصائصها و السعر الأدنى المطلوب."

[37] حفيظة مسعود " مسؤولية الوسيط في بورصة الأوراق المالية" مجل القضاء والتشريع أكتوبر 2002 ص 395 وما يليها.

و الملاحظ هنا أن المعلومات المبينة ببلاغ البورصة تظل قاصرة عن تعيين المبيع و ذلك خاصة فيما يتصل بالشركة المصدرة لتلك الأوراق وحالتها وهو ما يفسر تجنب هذه البيوعات و لذا فعلى البورصة أن تعالج هذا النقص لضمان حسن سير البيع المتسم أيضا بتدخل البورصة فقد وضعت البورصة آلية لمراقبة عمليات البيع بالمزاد العلني و هو ما يجلو من قرار البورصة عدد 14 لسنة 1997 المتعلق بشروط البيع بالمزاد العلني خارج السوق المركزية و الذي جاء فيه " يعيين رئيس المدير العام بالبورصة من بين الأعوان الخاضعين لسلطته مراقبين...".

بمثل ما تلعب البورصة دورا هاما فيما يتعلق بتحقيق عملية البيع بالمزاد العلني في هذا الصدد فإن إدراج الأوراق تتحقق من خلال مقابلة عروض البيع و عروض الشراء وهو ما يذكر في جزء كبير إجراءات البيع المباشر وهو ما يجعل من المزايدة في البورصة فرصة سانحة للوصول إلى سعر عادل وإن كان ذلك دون الثمن الذي قد يتحقق في البيع المباشر.

وإن كان لا بد من الإشارة إلى أن بيع الأوراق المعقولة قد لا يتم في حصة واحدة و إنما خلال عدة حصص حسب إمكانيات السوق طبقا لأحكام الفصل 191 من الترتيب العام للبورصة و تعتبر هذه الإمكانية متاحة بالنسبة لكلا طرق البيع بالبورصة.

في الختام لا بد من التذكير أن حضور عدل التنفيذ إلزامي في عملية البيع و ذلك طبقا لقرار البورصة عدد 14 لسنة 1997.

الفقرة الثانية :في بيع الأوراق المالية خارج إطار البورصة.

يتسم البيع خارج البورصة بخضوعه إلى قواعد القانون العام و تحديدا إلى قواعد مجلة المرافعات المدنية و التجارية وهو ما يجعل منه بيعا بطيئا و معقدا.

و يجلو هذا التعقيد الإجرائي سواء عند إعداد البيع الخاضع لجملة من الشروط (أ) و كذلك عند إتمام هذا البيع (ب).

أ- شروط البيع خارج البورصة

حدد الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة شروط البيع خارج البورصة (1) و يضاف إلى هذه الشروط وجوب إحترام الإجراءات العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية و التجارية (2).

1- شروط الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة

و تتمثل هذه الشروط في أن تصدر هذه الأوراق المالية عن شركة مساهمة خصوصية وهي الشركات التي لا يتوافر بها أحد المعايير الواردة بالفصل الأول من القانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية و تتميز هذه الشركات بنية إشتراك قوية لهذا السبب فقد خصها الفصل 71 من قانون إعادة تنظيم السوق المالية بنظام التسجيل إذ اقتضى " فيما عدا حالة الميراث يتم تسجيل المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية و الحقوق المرتبطة بها و المصدرة من طرف شركات المساهمة الخصوصية لدى بورصة الأوراق المالية

بتونس عن طريق وسطاء البورصة طبق الشروط المضبوطة بالترتيب العام للبورصة..." و أن يتجه اختيار عدل التنفيذ إلى ذلك فيكون إختيار عدل التنفيذ هو منطلق البيع خارج البورصة و في هذا الصدد ينص الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة على " تتم البيوعات العدلية للأوراق المالية التي تصدرها شركات المساهمة الخصوصية حسب إختيار عدل التنفيذ إما بالبورصة ...أو خارج البورصة..." وهو اختيار يبرره أساسا خلو عمل البورصة من الشفافية و بطئها و كذلك إرتفاع مصاريف وسيط البورصة.

2-الشروط الواردة بمجلة المرافعات المدنية و التجارية

شكلت حماية الدائن محور إهتمام المشرع التونسي وهو ذات النهج الذي إتخذته مجلة المرافعات المدنية و التجارية من خلال تنقيح 2002 التي أقرت إلى جانب البيع الجبري بيعا رضائيا هكذا أصبح للمدين التي تخضع أوراقه المالية للبيع خارج البورصة لإمكان إبرام بيع رضائي و ذلك بشروط معينة و في صورة عدم نجاح البيع الرضائي يقع اللجوء حينئذ للبيع الجبري.

ب- القيام بالبيع

لم ينص الترتيب العام للبورصة على أي إجراءات خاصة يجب إتباعها في بيع الأوراق المالية خارج البورصة فيتم البيع حينئذ طبقا للبيوعات بالمزاد العلني الكلاسيكية (1) و تتميز هذه البيوعات بدور هام لعدل التنفيذ و كذا بدور بارز لوسيط البورصة (2).

1- البيع بالمزاد العلني الكلاسيكي

يخضع هذا البيع إلى مجلة المرافعات المدنية و التجارية و بالنسبة لمكان البيع فقد إقتضى الفصل 396 من م م م ت أن " البيع بالمزاد العلني يكون بأقرب سوق أو أي مكان آخر يمكن أن يعطي نتيجة هامة ".

في هذا الصدد فإن البيوعات الحاصلة غالبا ما تتم بمكتب عدل التنفيذ و قبل افتتاح المزيدات فعلى عدل التنفيذ الإعلان عن قيمة مصاريف العقلة و البيع و في هذا الصدد ينص الفصل 301 من م م م ت أنه " و تحمل مصاريف العقلة التنفيذية و البيع على المبتت له و تعتبر هذه المصاريف ممتازة و تدفع زيادة على الثمن".

بعد إفتتاح البتة تكون المزايدات و يرسو المزاد على من قدم ثمنا أكبر و لا تسلم الأوراق المالية إلا بعد الإدلاء بما يفيد دفع مصاريف العقلة و البيع و باق الثمن بعد طرح قيمة التسبقة.

و يمكن للمدين إيقاف البتة حتى بعد إنطلاقها و ذلك بدفع أصل الدين و توابعه غير أنه و خلافا لما إقتضاه المشرع التونسي بشأن الإمتياز فإنه ليس للمدين المشاركة في البتة و لو بواسطة.

و يسند محصول البتة للمدين غير أنه لو تبين أن محصول البتة يفوق قيمة الدين فيتم عندئذ منح الفارق للمدين و على المبتت له إعلام الشركة بنتيجة التبتيت و طلب الموافقة على قبوله إذا تضمن عقد الشركة شرط أفضلية و مصادقة و ذلك بالنسبة إلى شركات المساهمة التي تكون أوراقها المالية غير مدرجة بالبورصة و تعتبر الموافقة حاصلة قانونا إذا لم تعلم

الشركة المبتت له بقرار رفض قبوله في الأجل المحدد بالعقد التأسيسي على أن لا يتجاوز شهرا من تاريخ الطلب و إذا أعربت الشركة خلال الأجل المبين بالفقرة السابقة عن رفضها قبول المبتت له فإن عليها أن تتولى خلال الشهر الموالي للإعلام بالرفض إيجاد مشتر من بين الشركاء أو من غيرهم أو تخفيض رأس مال الشركة و شراء الأوراق المالية على أساس سعر البتة مع المصاريف و إذا انقضى الأجل المحدد دون حصول أي حل من الحلول المذكورة و لم يقع دفع الثمن و المصاريف إلى المبتت له فإن قبوله يعتبر حاصلا قانونا

و أي كان الأمر فإنه لا بد من تسجيل البيع بالبورصة وهنا يبرز دور وسيط البورصة.

2- دور وسيط البورصة

لئن تم البيع خارج البورصة فإنه يكون لزاما تسجيل البيع بالبورصة طبقا لأحكام الفصل 71 من قانون 14 نوفمبر 1994 الذي يحيل للترتيب العام للبورصة مسألة تحديد الشروط.

و ينص الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة أنه " ...وفي هذه الحالة الثانية (البيع خارج البورصة) فإنه يجب تسجيل نتيجة و التبتيت لاحقا بالبورصة طبقا لأحكام الباب الاول من العنوان الثالث من هذا الترتيب العام من قبل وسيط البورصة الذي يعينه العدل المنفذ".

غير أنه و قبل تسجيل عملية البيع فإنه يجب على البورصة أن تتحرى و تتثبت من أن البيع قد شمل أوراقا مالية لم تصدر عن شركة مساهمة عامة الأمر الذي يخول مراقبة و متابعة أي عملية بيع كانت الهدف من ورائها التفصي من مبدأ التداول.

وفي هذا الإطار رصد المشرع التونسي في الفصل 71 من قانون 14 نوفمبر 1994 جزاء البطلان لكل معاملة تمت دون إحترام موجبات الفصل 71 و 72 من هذا القانون وهو جزاء يسري أيضا على كل معاملة لم تلتزم إجراء التسجيل بالنسبة للأوراق المالية الخاصة بشركات المساهمة الخصوصية.

و في هذا الإطار فإنه يمكن للبورصة أن تعترض على التسجيل المعاملة إما لكونها خاصة لنظام التداول أو لكونها لم تلتزم التنصيصات الوجوبية التي أتى بها الفصل 124 من الترتيب العام للبورصة والفصل 125.

المبحث الثاني: بيع حصص الشركاء

تنص الفقرة الثانية من موجبات الفصل 407 من م مم ت " و تباع الحصص ...حسب الصيغ الواردة بالباب السادس من هذا العنوان متى صدر حكم قاض بصحة العقلة التوقيفية و أصبح قابلا للتنفيذ".

ويؤخذ من عبارات الفصل المذكور أنه و بالنسبة لبيع حصص الشركاء فإنها تتم طبق الإجراءات التي سبق تفصيلها بالنسبة لبيع الأوراق المالية خارج إطار البورصة بالمزاد العلني الكلاسيكي[38] و شريطة التحصيل أيضا على حكم في صحة إجراءات العقلة يكون قابلا للتنفيذ على معنى أحكام الفصل 287 من م مم ت.

---

[38]انظر الصفحة 38 أعلاه.

و يقتضي الفصل 408 من م مم ت أنه " على الشركة التي أجريت العقلة التوقيفية بين أيديها أن تقدم للعدل المنفذ المكلف ببيع الحصص...قائمتي الإحصاء و الموازنة المتعلقتين بميزانيتها الاخيرة و يمكن الإطلاع عليهما بين أيدي العدل المنفذ قبل البتة".

و على المبتت له و طبقا لأحكام الفصل 409 من م مم ت إعلام الشركة بنتيجة التبتيت و طلب الموافقة على قبوله إذا تضمن عقد الشركة شرط أفضلية و مصادقة و ذلك بالنسبة إلى شركة الأشخاص و الشركات المدنية و الشركات ذات المسؤولية المحدودة عدا شركات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة و تجمع المصالح الاقتصادية الذي يكون له رأس مال و تعتبر الموافقة حاصلة قانونا إذا لم تعلم الشركة المبتت له بقرار رفض قبوله في الأجل المحدد بالعقد التأسيسي على أن لا يتجاوز شهرا من تاريخ الطلب و إذا أعربت الشركة خلال الأجل المبين بالفقرة السابقة عن رفضها قبول المبتت له فإن عليها أن تتولى خلال الشهر الموالي للإعلام بالرفض إيجاد مشتر من بين الشركاء أو من غيرهم أو تخفيض رأس مال الشركة و شراء الحصص على أساس سعر البتة مع المصاريف و إذا انقضى الأجل المحدد دون حصول أي حل من الحلول المذكورة و لم يقع دفع الثمن و المصاريف إلى المبتت له فإن قبوله يعتبر حاصلا قانونا.

وهنا تبرز الوحدة بين النظام القانوني الخاص ببيع الأوراق المالية غير المدرجة بالبورصة و التي تم التفويت فيها خارج إطار البورصة و بيع الحصص الإجتماعية و يظل الفارق بينهما فيما يتعلق بالتسجيل بالبورصة المالية فبينما يكون البطلان جزاء لعدم تسجيل بيع الاوراق المالية بالبورصة فإن الامر على خلاف ذلك بالنسبة للحصص الاجتماعية .

- إثارة الإشكال التنفيذي :

ويقع أيضا النظر استعجاليا أيضا في :

الإشكال التنفيذي

كيف ترفع الإشكال التنفيذي؟

مبدئيا يرفع الإشكال التنفيذي عن طريق عدل التنفيذ المباشر لأعمال التنفيذ إلاّ أنه في صورة إمتناعه عن إثارة الإشكال يمكنك القيام بـ ذلك بواسـ طة غيره من عدول التنفيذ شريطة تأمين مبلغ خمسين دينارا بقباضة المالية.

يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي أصدرت الحكم (ولـ و وقـ ع الـ طعن فيه استئنافيا) ضمن قضية استعجالية أي أنه يتم لدى :

1- حاكم الناحية

2- رئيس المحكمة الابتدائية

3- رئيس دائرة الشغل إذا كان الحكم صادرا في المادة الشغلية.

4- قاضي الضمان الإجتماعي في الصعوبات الناشئة عن تنفيـ ذ الأحكـ ام الصادرة في تلك المادة

• إذا صدر ضدك إذن على عريضة و حصل لك العلم به يمكن أن تطلـ ب الرجوع فيه لدى القاضي الذي أصدر الإذن ويكون ذلك طبـ ق إجـ راءات القضاء المستعجل.

• في صورة صدور حكم ضدك بأداء مال و عجزت عن تـ سديده دفعـ ة واحدة يمكن لك ان تطلب تقسيط الدفع ضمن قضية استعجالية لدى رئـ يس المحكمة الإبتدائية لكن التقسيط لا يمكن أن تكون مدته لأكثر من عام .

• لا يمكن للمؤسسة المنتزع لفائدتها ان تتحوز باستعمال العقار المنتزع إلا بعد استصدار حكم استعجالي في التحويز و تأمين غرامة وقتيـ ة بالخزينـ ة العامة .

- الفصل 220 من مجلة الشغل.

- الفصل 8 من القانون عـ 15. دد لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفـ ري 2003 المتعلّق بإحـ داث مؤسـ سة قاضي الضمان الإجتماعي.

- **أهم النصوص المنظمة لمهنة المحاماة :**
- **مراجعة مادة أخلاقيات المهنة**

❖ أمر عدد 2699 لسنة 2007 مؤرخ في 31 أكتوبر 2007 يتعلق بضبط النظام الاداري والمالي للمعهد الأعلى للمحاماة.

❖ المرسوم عدد 2011 لسنة 79 المؤرخ في 20 أوت 2011 يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة

❖ قانون عدد 65 لسنة 1998 مؤرخ في 20 جويلية 1998 المتعلق بالشركات المهنية للمحامين

❖ أمر عدد 1148 لسنة 1993 مؤرخ في 22 ماي 1993 و المنقح بالأمر عدد 359 لسنة 2008 مؤرخ في 11 فيفري 2008 يتعلق بضبط طابع المحاماة و كيفية إصداره و توزيعه

❖ أمرعدد 1812 لسنة مؤرخ في 17 جويلية 2007 يتعلق بضبط النظام الخاص لتحديد أتعاب المحاماة وأجرة الخبراء المعيّنين بقرار منح الإعانة العدليّة عندما تحمل هذه المصاريف على المنتفع بهذه الإعانة.

❖ أمرعدد 355 لسنة 2008 مؤرخ في 11 فيفري 2008 يتعلق بتنظبم وتسيير صندوق الحيطة والتقاعد للمحامين

❖ قرار من كاتب الدولة للعدل مؤرخ في 22 أوت 1959 يتعلق بتعيين الزي الخاص الواجب على المحامين ارتداؤه بالجلسات العمومية.

❖ صادقت الجلسة العامة الخارقة للعادة يوم 9 ماي 2009 على النظام الداخلي للهيئة الوطنية للمحامين.

❖ يعتبر تفعيل دور المحامي بتطوير المهنة وتوسيع مجالات تدخلها شغلا شاغلا لهياكل المهنة. وقد تدعم عمل المحامي بجملة من القوانين في الفترة الأخيرة هي كالتالي :

- القانون المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الإجراءات الجزائية والذي دخل حيز التنفيذ في 1 جوان 2016 وذلك خصوصا بتمكين المحتفظ به من انابة محام للحضور معه لدى الباحث الابتدائي تدعيما لضمانات المحاكمة العادلة. (القانون عدد 13/2013 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الإجراءات الجزائية بتاريخ 2 فيفري 2016).
- الأمر الحكومي عدد 519 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أفريل 2016 المتعلق بضبط شروط إحداث والتصرف في الصندوق الخاص بإيداع الأموال المستخلصة أو المقبوضة لفائدة حرفاء المحامين والذي يحدد الإجراءات الواجب إتباعها في الغرض إذ على المحامي أن يقوم بموافاة حرفائه بأموالهم في ظرف شهر من تاريخ قبضها. وعند التعذر يمر إلى مرحلة الإيداع لحسابهم بحساب

الإيداع والدفوعات في ظرف ستة أيام من انقضاء الأجل المذكور. كما يمكنه إيداع هذه الأموال عند قبضها لغاية خلاصهم في أجل شهر ويتعين على الصندوق المحدث بمقتضي الأمر الحكومي أن يسجل كل عملية إيداع ويتولي خلاص حرفاء المحامي بناء على إذن صادر عن هذا الأخير أو بدونه وذلك في اجل أقصاه شهر.

- قرار وزير العدل المؤرخ في 22 أفريل 2016 و المنشور بالرائد الرسمي بتحديد سقف إنابة المحامين من قبل الهياكل العمومية وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 11 من الأمر عدد 764 لسنة 2014 المؤرخ في 28 جانفي 2014 والمتعلق بضبط شروط وإجراءات هذا النوع من النيابة لدي المحاكم و الهيئات القضائية والإدارية و العسكرية التعديلية والتحكيمية الذي أقر انه لا يسند للمحامي المترشح أو لشركة المحاماة سوى هيكل عمومي واحد طيلة مدة التكليف. لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1989. كما حدد السقف الجملي التقديري، للأتعاب لكامل مدة التكليف للمحامي الواحد أو شركة المحاماة الواحدة بما قدره مائة ألف دينار بدون اعتبار الأداء على القيمة المضافة.
- القرار المشترك بين وزير العدل ووزير التجارة المؤرخ في 22 أفريل 2016 فلقد اهتم بضبط أتعاب المحامين المكلفين بنيابة هياكل المحامين وذلك عن طريق قائمة تفصيلية لكل الأتعاب حسب نوعية العمل المنجز والمحكمة المتعهدة و درجتها.

<u>دروس وكتب تتعلق بأخلاقيات المهنة وبالمهنة عموما :</u>

- كتاب إيريك غوب ،مدير معهد البحوث والدراسات حول العالم العربي والاسلامي بأكس أون بروفانس".المحامون في تونس من الاستعمار حتى الثورة 2011 – 1883 . تاريخ اجتماعي لمهنة سياسية
- كتاب " المحامون والسياسة 1887 – 2011 " العميد شوقي الطبيب.
- أصول مهنة المحاماة / دراسة مقارنة الأستاذ مصطفى الصخري رحمه الله
- يمكن الاطلاع على الدروس التالية على موقع المعهد الأعلى للمحاماة عن طريق هذه الروابط :

المحامي التونسي بين الواقع والقانون : الجزء الأول : الأستاذ شوقي الطبيب :

http://www.ispavocat.tn/images/cours/chawtbib/cavocat11.pdf

المحامي التونسي بين الواقع والقانون الجزء الثاني : الأستاذ شوقي الطبيب :

http://www.ispavocat.tn/images/cours/chawtbib/cavocat12.pdf

عمداء الهيئة الوطنية للمحامين : الأستاذ شوقي الطبيب

http://www.ispavocat.tn/images/cours/chawtbib/batonniers.pdf

المحاماة والعهد الاستعماري : الأستاذ شوقي الطبيب

http://www.ispavocat.tn/images/cours/chawtbib/cprofavocat.pdf

الجديد في مهنة المحاماة : الأستاذ شوقي الطبيب

http://www.ispavocat.tn/images/cours/chawtbib/cnouveau.pdf

الباب الثاني

إصلاح اختبارات مناظرة المحاماة

• نصائح الإختبارات الشفاهية

يتم اجتياز الاختبارات الشفاهية في المعهد الأعلى للمحاماة بطريقة بسيطة.

يجتاز المتناظر الأسئلة المتعلقة بمواد الاختبار الشفاهي أمام لجنة تتكون من ثلاثة أساتذة يقوم باختيار ورقة من بين الورقات الصغيرة التي يوجد بها سؤال عليه الإجابة عنه في ظرف 15 دقيقة ثم التقدم أمام اللجنة لإلقاء إجابته مباشرة.

يعتمد الاختبار الشفاهي بصفة أساسية على الثقة في النفس وعلى التمكن من تذكر المعلومات وبسطها في أقل وقت ممكن لأن السؤال لا يفترض تعمقا ومخططا وتفاصيل بقدر ما يفترض ذكرا لأهم النقاط الأساسية باختصار وبإيجاز وبتميز وبحضور ذهني أمام اللجنة حتى يثبت المتناظر أنه يستحق أن يكون محاميا سواء في الحضور الصوتي أو الجسدي.

إصلاح المواضيع السابقة

في مناظرة المحاماة

سنعرض في جزء أول إصلاح المواضيع الكتابية بالنسبة للسنة الأولى والسنة الثانية ثم في جزء ثان إصلاح مواضيع الإختبارات المتعلقة بالأسئلة متعددة الإختيارات.

الجزء الأول : الإختبارات الكتابية

العنوان الأول : مناظرة القبول بالسنة الأولى

دورة 2008

-إختبار في مادة القانون المدني : التعليق على الفصل 242 م إ ع

+ إلزامية العقد تجاه الأطراف :

الوفاء بالإلتزام الناشئ عن العقد 242

الوفاء مع تمام الأمانة 243

إستحالة النقض الأحادي للعقد 242

+ إلزامية العقد تجاه القاضي :

العقد شريعة الطرفين و يلتزم القاضي ببنود الفصل 242

نظرية الظروف الطارئة : ظروف إقتصادية تضر بتكافؤ الإلتزامات ما يفرض تدخل القاضي للمحافظة علة إستقرار العقود .

-إختبار في مادة الحريات الأساسية و حقوق الإنسان : حرمة المسكن

الجزء الأول : التكريس القانوني لحرمة المسكن

الفقرة الأولى : على المستوى الدولي

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان – العهد الدولي

الفقرة الثانية : على المستوى الوطني

الدستور – النصوص التشريعية

الجزء الثاني : تجليات حماية حرمة المسكن

الفقرة الأولى :حماية حرمة المسكن من إعتداء أعوان السلطة :

- الموظفون المؤهلون لدخول محلات السكنى

- شروط وإجراءات التفتيش

الفقرة الثانية : حماية حرمة المسكن من إعتداء الأفراد

التجريم وتحميل المسرولية المدنية والجزائية

-إختبار في مادة القانون الجزائي : التعليق على الفصل 59 من م ج

الجزء الأول : أصناف المحاولة

الفقرة الأولى : الجريمة المبتورة والمعطلة

الفقرة الثانية : الجريمة الخائبة

الجزء الثاني : عقاب المحاولة

الفقرة الأولى : المبدأ : عقاب الجريمة هو عقاب المحاولة الفصل 59 م ج

الفقرة الثانية : مدى زجر المحاولة : آلي في الجنايات ويستوجب التنصيص في الجنح

دورة 2009

-إختبار في مادة القانون المدني : القرائن

مفهوم القرائن القانونية : الفصل 479 من م إ ع : هي ما يستدل به القانون أو الحاكم على أشياء مجهولة.ويعرفها المشرع الفرنسي بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة.

الإشكالية : ماهو دور القرائن القانونية في علاقتها بالإثبات في المادة المدنية ؟

الجزء الأول : مقومات القرائن القانونية

الفقرة الأولى : القرائن القانونية إستثناء لعبء الضمان

الفقرة الثانية : مناط القرينة القانونية : محدد بموجب الفصل 480 م إ ع

الجزء الثاني : تصنيف القرائن القانونية

الفقرة الأولى : القرائن القانونية القاطعة

الفقرة الثانية : القرائن القانونية البسيطة

-إختبار في مادة الحريات الأساسية و حقوق الإنسان : حرية التنقل

الجزء الأول : التكريس القانوني لحرية التنقل

على المستوى الدولي

على المستوى الوطني

الجزء الثاني : تجليات حرية التنقل

حرية مقيدة بقواعد موضوعية وإجرائية تحد منها

-إختبار في مادة القانون الجزائي : المشاركة في القانون الجزائي

الفصل 32 من م ج : تبنى المشرع التونسي النظرية المادية القائمة على تعدد أفعال المشاركة لا النظرية الشخصية القائمة على النية الإجرامية

الجزء الأول : شروط المشاركة

الفقرة الأولى : وجود جريمة أصلية والتنصيص على عقاب المشاركة

الفقرة الثانية : إتجاه الإرادة إلى إرتكاب أحد أفعال المشاركة

الجزء الثاني : عقاب المشاركة

الفقرة الأولى : إستعارة التجريم والعقاب

الفقرة الثانية : مدى تأثر المشاركة بتشديد وتخفيف العقوبة

دورة 2010

-إختبار في مادة القانون المدني : عدم تنفيذ الإلتزام

مبدأ القوة الملزمة للعقد : الفصل 242 م إ ع : الوفاء بالإلتزام مع تمام الأمانة.

الجزء الأول : النظام العام لعدم الوفاء بالإلتزام

الفقرة الأولى : الأساس القانوني : المسؤولية التعاقدية :

الفقرة الثانية : آثارها : التعويض عن الضرر المادي بطلب تعويض الخسارة عند مماطلة المدين الفصل 268 م إ ع وتعويض الخسارة يخضع لإجتهاد القاضي أو بالإتفاق الفصل 278 م إ ع.

الجزء الثاني : النظام الخاص لعدم الوفاء بالإلتزام في العقود الملزمة لجانبين :

الفقرة الأولى : الدفع بعدم التنفيذ

- الإمتناع عن التنفيذ إلى أن يؤدي الطرف الآخر إلتزامه
- يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الحبس الذي هو وسيلة تنفيذ
- آثار الدفع بعدم التنفيذ : التوقف عن تنفيذ الإلتزام

الفقرة الثانية : الفسخ

- نطاق الفسخ : في العقود الملزمة لجانبين وفي العقود الملزمة لجانب واحد إذا كانت بعوض مثل الوكالة والوديعة.ويشترط في تحقق الفسخ أن يكون تنفيذ الإلتزام مستحيلا.
- آثار الفسخ : محو الآثار بالنسبة للأطراف والغير بصفة رجعية بإستثناء العقود الزمنية التي يمتد فيها البطلان نحو المستقبل فقط كالكراء .

-إختبار في مادة الحريات الأساسية و حقوق الإنسان : حق الدفاع قي التحقيق

تكريس الإنابة الوجوبية للمحامي

ضمانات حق الدفاع :

مراقبة صحة الإجراءات والدفاع عن المتهم موضوعيا

إمكانية الطعن في قرار قاضي التحقيق

-إختبار في مادة القانون الجزائي : تفريد العقوبة

الجزء الأول : التخفيف في العقوبة

الفقرة الأولى : سبل التخفيف : أعذار التخفيف

الفقرة الثانية : تعليق العقوبة

الجزء الثاني : التشديد في العقوبة

الفقرة الأولى : ظروف التشديد العامة

الفقرة الثانية : ظروف التشديد الخاصة

دورة 2011

-إختبار في مادة القانون المدني : الوكالة في القانون المدني

تم تفصيل عقد الوكالة ضمن الكتاب بطريقة واضحة

-إختبار في مادة الحريات الأساسية و حقوق الإنسان : حق الحياة

الجزء الأول : التكريس القانوني

على المستوى الوطني

على المستوى الدولي

الجزء الثاني : التعدي على حق الحياة

التعدي المشروع

التعدي غير المشروع

-إختبار في مادة القانون الجزائي : المشاركة في القانون الجزائي

الفصل 32 من م ج : تبنى المشرع التونسي النظرية المادية القائمة على تعدد أفعال المشاركة لا النظرية الشخصية القائمة على النية الإجرامية

الجزء الأول : شروط المشاركة

الفقرة الأولى : وجود جريمة أصلية والتنصيص على عقاب المشاركة

الفقرة الثانية : إتجاه الإرادة إلى إرتكاب أحد أفعال المشاركة

الجزء الثاني : عقاب المشاركة

الفقرة الأولى : إستعارة التجريم والعقاب

الفقرة الثانية : مدى تأثر المشاركة بتشديد وتخفيف العقوبة

دورة 2012

-إختبار في مادة القانون المدني : التعويض عن الضرر المادي

الجزء الأول : التعويض عن الضرر المادي في المسؤولية التعاقدية

الفقرة الأولى : مشمولات التعويض :

التعويض عن الضرر المادي بطلب تعويض الخسارة عند مماطلة المدين الفصل 268 م إ ع

الفقرة الثانية : تقدير التعويض عن الضرر المادي :

تعويض الخسارة يخضع لإجتهاد القاضي أو بالإتفاق الفصل 277 - 278 م إ ع.

الجزء الثاتي : التعويض عن الضرر المادي في المسؤولية التقصيرية 107 م إ ع

الفقرة الأولى : تكريس التعويض عن الضرر المادي في المسؤولية التقصيرية

الفقرة الثانية : تقدير التعويض : بين سلطة القاضي التقديرية والقواعد الحسابية المنطبقة

إختبار في مادة الحريات الأساسية و حقوق الإنسان : حرمة الجسد

الجزء الأول : التكريس القانوني

على المستوى الوطني

على المستوى الدولي

الجزء الثاني : التعدي على حرمة الجسد

التعدي المشروع

التعدي غير المشروع

-إختبار في مادة القانون الجزائي : شخصية الجريمة و العقوبة

الجزء الأول : تكريس مبدأ شخصية الجريمة والعقوبة

الفقرة الأولى : تحمل الشخص لمسؤولية أفعاله

الفقرة الثانية : مبدأ مكرس في عديد النصوص

الجزء الثاني : إستثناءات المبدأ

الفقرة الأولى : المسؤولية عن فعل الغير

الفقرة الثانية : المسؤولية الجزائية للشخصية المعنوية

دورة 2015

-إختبار في مادة القانون المدني : الغلط في مادة التعاقد

الغلط اعتقاد خاطئ يصور الأمر للمتعاقد خلافا إلى ما هو في الواقع و هو أنواع، و ما يؤدي إلى تعيب الرضاء منه يخضع لنظام قانوني معين.

-الجزء الأول : صور الغلط

يمكن معيار الخطورة من التمييز بين غلطين على طرفي نقيض أولهما ما اصطلحنا عليه سابقا بالغلط المانع (والمقصود بالمانع دون قيام العقد) والحائل (دون وجود رضاء). وهذا الغلط على درجة كبرى من الخطورة ومن ذلك أن يعتقد متعاقد وأنه يبيع ويعقد عقد بيع والأغلاط المادية يمكن أن تتحول إلى أغلاط مؤثرة بطبعها. و تتعدد الأغلاط المؤثرة المعيبة للرضاء

ويقال أيضا عن الغلط الحائل (المقصود الحائل دون وجود الرضاء) وهذا غلط على جرة كبرى من الخطورة لا يقوم العقد بمقتضاه.، وهذا غلط يقابل في الطرف الآخر غلط غير مؤثر لا في قيام العقد ولا في سلامة رضاء أطرافه و يعرف هذا الغلط بالغلط المادي وقد تناولته مجلة الالتزامات والعقود في الفصل 47 من خلال نوعية واحدة يصتلح عليها بمجرد الغلط في الحساب، وقد جاء بالفصل 47 "مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد"

تتعدد الأغلاط المؤثرة المعيبة للرضاء و تقسمها مجلة الالتزامات و العقود إلى نوعين: أغلاط في الحق و المقصود بها في القانون وأغلاط في الواقع.

الفقرة الأولى : الغلط في الحق

فأما عن الأغلاط في الحق فلقد نص عليها الفصل 44 "العقد المبني على جهل معاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين:

أولا: إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد.

ثانيا: إذا كان مما يعذر فيه بالجهل"

الفقرة الثانية : الغلط في الواقع

الأغلاط في الواقع فتتفرع هي الأخرى إلى أغلاط في شخص المتعاقد وأغلاط في الواقع وقد جاء بالفصل 46 في نظام النوعية الأولى ما يلي "الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجب للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضاء بالعقد ومن أمثلة ذلك أن يتعاقد أحد مع شخص ويعتقد أنه هو الشخص ويتضح بعد أنه شخص آخر و هذه صورة الخطأ في الزوجة أو أن يتعاقد أحد في عقد شغل مع شخص معتقدا أن له مؤهلات ويتضح في ما بعد انعدام ذلك ولا يجب إبطال العقد للغلط في الشخص إلا في العقود المبرمة لاعتبارات شخصية.

أما بالنسبة للأغلاط في الشيء فيحكمها فصل 45 "الغلط في نفس الشيء يكون موجب للفسخ الغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد.

الغلط في ذات المعقود عليه هو غلط في المحل كأن يتعاقد أحدهم في فرس معتقدا أنه للسباق فيتضح أنه ليس كذلك أو في النوع كأن يعقد أحدهم في قمح من نوعية صلبة فيتضح أنها من نوعية هشة.

الوصف الموجب للتعاقد مثله مثل الشخص الذي يهب عينة من ماله لشخص معتقدا أنه من أقاربه أو من صلبه و يتضح بعد ذلك العكس. و مهما تنوع الغلط فهو خاضع لنفس النظام وهو نظام الغلط المعيب للرضاء.

يشترط في كافة أنواع الغلط حتى يرتب إبطال العقد أن يكون قد حتم التعاقد وهو ما يقتضي أن يكون الاعتقاد خاطئ في صفة جوهرية أي أن لولاه ما كان المتعاقد أن يتعاقد.

الجزء الثاني : آثار الغلط في المادة التعاقدية

الفقرة الأولى : دعوى الإبطال

يقع تقدير الغلط بالرجوع إلى الاعتبارات الذاتية للمتعاقد وهذه القاعدة تبناها الفصل 48 " إذا وقع النضر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق أو في المتعاقد عليه فعلى القاضي أن يراعي ظروف الأحوال و سن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى" وتخضع دعوى الإبطال

للغرض إلى التقادم وهي المدة التي لا يمكن بعدها رفع دعوى للغلط ومدته عام واحد ينطلق احتسابه من تاريخ اكتشافه

الفقرة الثانية : نظام الإثبات :

يقع إثبات الغلط بجميع الوسائل المقبولة قانونا.

-إختبار في مادة الحريات الأساسية و حقوق الإنسان : حقوق الإنسان و الحريات العامة في دستور 2014

الجزء الأول : تكريس منظومة حقوق الإنسان والحريات العامة في دستور 2014

الفقرة الأولى : تبني المنظومة الكونية لحقوق الإنسان

الفقرة الثانية : حقوق إنسانية خلقت جدلا

الجزء الثاني : الحماية التشريعية والقضائية لحقوق الإنسان

الفقرة الأولى : هياكل مكلفة بالحماية والرقابة

الفقرة الثانية : دور القضاء في حماية حقوق الإنسان والحريات العامة

-إختبار في مادة القانون الجزائي : الركن المادي في الجريمة

الإشكالية : كيف يمكن تحليل الركن المادي للجريمة بإعتباره أحد أركانها الأساسية ؟

المخطط :

الجزء الأول : الركن المادي للجريمة التامة

الفقرة الأولى : الفعل المجرم : السلوك الإجرامي

الفقرة الثانية : النتيجة الإجرامية والعلاقة السببية

الجزء الثاني : المحاولة

الفقرة الأولى : نطاق المحاولة وشروطها

الفقرة الثانية : عقاب المحاولة

دورة 2016

-إختبار في مادة القانون المدني : تفسير العقد

أهمية تفسير العقد لتجاوز الوضعيات الغامضة

تعدد طرق التفسير وتعدد نظريات التفسير الفرنسية والألمانية

- الجزء الأول : تطور تفسير العقد
- الفقرة الأولى : جدوى التفسير

النظرية الذاتية الفرنسية (التفسير يكشف الإرادة)

النظرية الموضوعية الألمانية (الأخذ بالإرادة الصحيحة)

- الفقرة الثانية : قابلية التفسير

الفصول 315 – 515

شرط قبول التفسير : غموض العبارات أو وجود تناقض 514

جزاء مخالفة الشرط : خطأ : تعريف موجب للنقض

- الجزء الثاني : طرق التفسير
- الفقرة الأولى : البحث عن الإرادة المشتركة:
  - 517 تأويل الفصول ببعضها البعض
  - 518 : عبارة ذو معنيين الأخذ بما فيه فائدة
- الفقرة الثانية : ضرورة إحترام قواعد العرف والإنصاف وحسن النية

الفصول من 516 إلى 523 : مراعاة القواعد الآمرة في التفسير.

-إختبار في مادة القانون الجزائي : الركن الشرعي للجريمة

الجزء الأول : مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

الفقرة الأولى : التكريس القانوني للمبدأ : لا عقاب بدون نص سابق الوضع

الفقرة الثانية : المبادئ المتفرعة عن مبدأ الشرعية

الجزء الثاني : أسباب التبرير والإباحة

الفقرة الأولى :الأسباب الموضوعية : حالة الضرورة والدفاع الشرعي وحالة الضرورة وإذن القانون وأمر السلطة العامة

الفقرة الثانية :الاسباب الذاتية : الإكراه ورضاء المجني عليه

إختبار في مادة الحريات الأساسية و حقوق الإنسان : ضمانات المحتفظ به

- تنظيم آجال الإحتفاظ
- ضمان حضور المحامي أمام الضابطة العدلية
- تدعيم مراقبة النيابة العمومية
- تدعيم شكليات محضر الإحتفاظ والمحاضر عموما وسجل الإحتفاظ

دورة 2017 :

إختبار في مادة القانون المدني : إثبات النسب

الجزء الأول : وسائل الإثبات

الفقرة الاولى : الفراش

الفقرة الثانية : الإقرار وشهادة الشهود

الجزء الثاني : دعوى إثبات النسب

الفقرة الأولى : أطراف الدعوى

الفقرة الثانية : إنقراض الدعوى

إختبار في مادة القانون الجزائي : المسؤولية الجزائية

المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين

- الفاعل الأصلي
- الشريك

المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية

- تطور الفقه من الرفض إلى القبول
- موقف القانون التونسي

إختبار في مادة الحريات الأساسية وحقوق الإنسان : حق التقاضي

الحق في التقاضي يقوم مقام الحريات المضمنة قانونا ولا يمكن الحرمان منها . فهو حق اختياري يمكن ممارسته أو عدم ممارسته بإعتبار أن الدعوى المدنية إنما تحمي حقوقا قابلة للترك والتنازل رغم أن بعض الفقهاء و منهم الفقيه الألماني IHRING اعتبر أن الحق في التقاضي ليس حقا اختياريا وإنما هو من الواجبات المحمولة على الفرد.

إضافة إلى ذلك فالحق في التقاضي لا يعني اللجوء إلى المحاكم عند وجود نزاع فقط بل حتى في غيابه مثل الأعمال الولائية للقضاء و الأذون على العرائض والإجراءات الخاصة بالتسجيل العقاري.

ومن نتائج ممارسة هذا الحق إلتزام السلطة القضائية بالنظر في الدعوى المرفوعة أمامها والبت فيها . هكذا يعد الحق في التقاضي حقا عاما يعترف به قانونا لكافة المواطنين بما يجعله سلطة قانونية دائمة تضمن إقامة العدل والمساواة.

لذا وبوصفه حقا من حقوق الإنسان التي حازت على إهتمام المجموعة الدولية منذ زمن ، يمكن التساؤل عن تجليات حق التقاضي في التشاريع القانونية وعلى المستوى التطبيقي. و للإجابة عن هذا الإشكال وجب التعرض في:

الجزء : I التكريس التشريعي للحق في التقاضي.
فقرة أولى: تكريس الحق في التقاضي في الصكوك الدولية.
– 1المشهد العالمي
§الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
§العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية و العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية.
– 2المشهد الإقليمي
§الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان
§الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان
§اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي
فقرة ثانية: التكريس الوطني للحق في التقاضي.
– 1الدستور.
– 2القانون الجزائي.
– 3القانون المدني و غيره.
الجزء : II التكريس التطبيقي للحق في التقاضي.
فقرة أولى: الممارسة التطبيقية للحق في التقاضي – فقه القضاء – تامين الحق.
– 1الضمانات عند القيام
– 2الضمانات بعد القيام
فقرة ثانية: عدالة التنفيذ و الحق في التقاضي.
– 1ضمان حق التقاضي للمواطن من قبل عدل التنفيذ من خلال ممارسته لمهامه.
- 2ضمان حق التقاضي للعدل المنفذ أثناء ممارسته لمهامه.

العنوان الثاني : مناظرة القبول بالسنة الثانية

دورة 2011

-إختبار في مادة القانون العقاري : العقارات الحكمية

العقار الحكمي :وتسمى ايضا العقارات بالتخصيص نص الفصلان 9 و10 من مجلة الحقوق العينية على العقارات الحكمية " وهي الادوات والحيوانات وغيرها من المنقولات الملتحمة بالعقار التي يضعها صاحب العقار رصدا لخدمة هدا العقار أو استغلاله " فالعقار الحكمي حسب نص الفصلان هو منقول بطبيعته رصد أو خصص لخدمة عقار و عليه لابد من أن يتوفر شرطان حتى يمكن اعتبار المنقول عقارا حكميا:

الجزء الأول : شروط العقار الحكمي
- أ - اتحاد المالك :فيجب أن يكون كل من العقار و المنقول الملحق به ملكا لنفس الشخص.
- ب - التخصيص: كما ينبغي لاعتبار المنقول عقارا حكميا أن يخصص هذا المنقول لخدمة العقار فالمنقول الذي يخصص لخدمة مالك العقار لا العقار نفسه لا يعتبر عقارا حكميا فالسيارة التي يخصصها صاحب المصنع لنفسه لا تعتبر عقارا حكميا خلافا للسيارة التي للسيارة التي تستعمل لخدمة المصنع نفسه.

الجزء الثاني : آثار الإعتبار العقار الحكمي

أ - تبعية العقارات الحكمية للعقار الأصلي

ب - الإستثناء : إستقلالية العقار الحكمي

-إختبار في مادة القانون الدولي الخاص : إستشارة تتعلق بالطلاق

* مراجعة درس الطلاق في القانون التونسي ضمن الكتاب

-إختبار في مادة الإجراءات المدنية و التجارية و الجزائية : إستشارة

وزارة العدل
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المعهد الأعلى للمحاماة



مناظرة الدخول للسنة الثانية
2011

اختبار في مادة الإجراءات المدنية والتجارية والجزائية
المدّة: ثلاث ساعات

الموضوع: استشارة قانونيّة

I-توجهت إليك إمراة تبحث عن حل قضائي لمشكلتها التي تتمثل في كون زوجها لا ينفق عليها و لا على لإبنيها القاصرين منذ عدة أشهر و ليس لها مال سوى مبلغ الغرامة التي حكم لها بها إثر طردها تعسفيا من العمل و لكنها لم تتمكن من تنفيذ ذلك الحكم . في رأيك ما نوع الدعوى التي يمكن أن ترفعها هذه المرأة ضد زوجها لإلزامه بالإنفاق عليها و على إبنيها القاصرين بالنسبة للأشهر السابقة و للمستقبل ؟ وماهي المحكمة المختصة ترابيا و حكميا ؟ و ماهي طرق و آجال تبليغ عريضة إلى الزوج ؟

II-بعد أن صدر الحكم بإلزام الزوج بالإنفاق على زوجته و إبنيها القاصرين بما قدره 250 د في الشهر و إعلام الزوج بالحكم المذكور عادت هذه المرأة لتعلمك أن زوجها لم يحرك ساكنا و هو متماد في عدم الإنفاق عليها و على إبنيها. فماهي في رأيك الطرق المتاحة لإرغامه على الإذعان ؟ و ماهي المحكمة المختصة ترابيا و حكميا ؟ و ماهي الإجراءات المتبعة ؟

III-عادت إليك هذه المرأة مرة أخرى لتعلمك أن زوجها غادر محل الزوجية و أغلق محل تجارته منذ أربعة أشهر و هي لا تعرف وجهته و تطلب منك هل هناك طريقة أخري للحصول على النفقة المذكورة ؟

ملاحظة: لا يسمح بالاستعانة بايّة وثيقة

1 – يمكن للزوجة رفع دعوى النفقة أمام محكمة الناحية لإلزام زوجها بالنفقة عليها وعلى أبناءها القصر.وتختص ترابيا المحكمة التي بدائرتها الطالبة تسهيلا لإجراءات التقاضي .وتقدم الدعوى بدون شكليات إجرائية ودون الحاجة لإنابة محام وترسم لدى كاتب المحكمة الذي يعطيها عدد للقضية ويعين موعدا للجلسة ويقوم بالإستدعاء بالطريقة الإدارية وعند الإقتضاء عن طريق عدل منفذ .

2- يعاقب المشرّع التونسي صلب الفصل 53 مكرر من م.أ.ش لمدة تترواح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة إلى ألف دينار، كل شخص قضى شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه

وثبت تعمده الامتناع عن الأداء.جريمة عدم دفع مال النفقة. وينعقد الاختصاص الترابي للمحكمة الكائن بها مقر الطالبة وهي محكمة الناحية.

وتتمثّل إجراءات رفع الشكاية من أجل جنحة عدم دفع النفقة في تقديم عريضة إلى وكيل الجمهورية مرفوقة بالحكم القاضي بالنفقة ومحضر الإعلام به.

3 - يمكن لصندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق أن يتولى دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلدّده وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق. ويحل هذا الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها.

دورة 2012

-إختبار في مادة القانون العقاري : الترسيم بالسجل العقاري

الجزء الأول : العمليات الواردة على السجل العقاري

- إكتساب الملكية عبر الكتب : بالبيع – المعاوضة – الهبة

- إكتساب الملكية بالوفاة

- الصور الأخرى للترسيمات بالسجل العقاري : الرهن والامتياز – القيود الإحتياطية

الجزء الثاني : طريقة الترسيم والتشطيب والحط من الترسيم

- واجبات مدير الملكية العقارية
- مطلب الترسيم
- واجبات طالب الترسيم
- إجراءات الترسيم

-إختبار في مادة القانون الدولي الخاص : دور معيار الجنسية في تنازع القوانين

* إعتماد المشرع التونسي في القانون الدولي الخاص على معيار المقر في مقابل إقصاء معيار الجنسية

* الفصل 3 من القانون الدولي الخاص : يكرس معيار المقر كمعيار أساسي لتحديد اختصاص المحاكم التونسية في النزاعات.

* إقصاء معيار الجنسية من تحديد الإختصاص طرح عديد الإشكالات التي من أهمها :

- عندما لا يمكن للطرف التونسي الجنسية القيام أمام المحكمة التونسية وفي نفس الوقت لا يختص القاضي الأجنبي.
- عندما يستحيل للطرف التونسي التنقل للقيام أمام المحكمة الأجنبية المختصة

- كرس فقه القضاء حلا قانونيا لتجاوز مثل هذه الإشكالات بتكريس إختصاصه بصفة إستثنائية في حالات معينة طبقا لوجود حالة ضرورة.

يتمثل المبدأ في تدخل القاضي التونسي إستثنائيا لتأسيس إختصاصه وذلك بسبب الإستحالة المادية للإحتكام لقاضي آخر دون القاضي التونسي.

وقد تم تأسيس هذا الموقف اعتمادا على مقتضيات الفصل 9 من مجلة القانون الدولي الخاص.

وعلى هذا الأساس يختص القاضي التونسي بناء على معيار الجنسية عندما يثبت الطالب التونسي أنه يستحيل عليه ماديا تقديم قضية في المحاكم الأجنبية.

-إختبار في مادة الإجراءات المدنية والتجارية و الجزائية : إستشارة

وزارة العدل
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المعهد الأعلى للمحاماة



مناظرة الدخول للسنة الثانية
2012

اختبار في مادة الإجراءات المدنية والتجارية والجزائية
المدّة: ثلاث ساعات
الأحد 2014/02/09 (08:30 إلى 11:30

<u>الموضوع:</u> استشارة قانونيّة

تملك شركة "التنمية" مصنعا للمصبّرات الغذائية أقامته على ارض لها بالمنطقة الصناعية بجرزونة من ولاية بنزرت بتمويل من احد البنوك بموجب قرض رهني حل اجله بسبب عدم خلاص بعض اقساطه في آجالها وهو ما جعل البنك المقرض يستصدر ضدها حكما من المحكمة الابتدائية بتونس قضى بأداء باقي القرض وبالاذن ببيع اصلها التجاري الوحيد المتمثل في مصنعها وذلك اثر القيام عليها عمدا في مقرها القديم والمعين بعقد القرض حال انها غيرت مقرها وقامت باشهار وترسيم ذلك التغيير بالسجل التجاري واعلمت بذلك البنك وابرمت معه صلحا كتابيا أعاد جدولة خلاص القرض ما جعلها تفاجأ بصيرورة ذلك الحكم باتا وبتنفيذه وبقيام المبتت له الاصل التجاري باجتثاث الآلات الملتحمة بارضية المصنع واجتثاث وحدة التكييف وقنوات الغاز والبخار بما ادى الى تشقق الجدران وانهيار جزء من سقف وحدة الانتاج و الى توقف كل نشاط للمصنع وصيّرها مهددة بالافس فقام ممثلها القانوني برفع شكوى جزائية انتهت باحالة ممثل البنك القائم بالتتبع والمبتت له على الدائرة الجناحية بالمحكمة الابتدائية ببنزرت من اجل التحيل في التبليغ والاضرار عمدا بملك الغير.

لجأ اليك الممثل القانوني لشركة "التنمية" يستشيرك حول المسائل التالية:

<u>اولا:</u> مدى حجّية الحكم الابتدائي القاضي بالآداء وبالاذن ببيع الاصل التجاري ومدى امكانية الطعن فيه ووسيلة الطعن.
<u>ثانيا:</u> مدى امكاننية وطريقة القيام والمحكمة المختصة لطلب التعويض عن الاضرار الحاصلة بالعقار الذي يحوي المصنع وعن فقدان الاصل التجاري.
<u>ثالثا:</u> مدى تأثير التتبع الجزائي من اجل التحيل في التبليغ والاضرار بملك الغير على القضايا المدنية التي تشير على الممثل القانوني لشركة" التنمية" بالقيام برفعها.
<u>ملاحظة:</u> لا يسمح بالاستعانة بايّة وثيقة

- حجية الحكم لما يصبح باتا والطعن يجوز بكل الوسائل ما دام في الأجال.ويمكن لمن مورست عليه أعمال التنفيذ أن يثير إشكالا تنفيذيا.
- التعويض يكون إما أمام قاض مدني أو القاضي الجزائي عند القيام بالحق الشخصي
- التعرض لمسألة حجية الجزائي على المدني

دورة 2015

-إختبار في مادة القانون العقاري : الإختصاص القضائي للمحكمة العقارية

الإختصاص الفردي لرئيس المحكمة العقارية

التسجيل
التحيين

الإختصاص الجماعي داخل المحكمة العقارية

التسجيل

التحيين

-إختبار في مادة القانون الدولي الخاص : النظام العام الدولي

هناك نظام مزدوج في مادة الإختصاص الدولي في المحاكم التونسية : النظام الخاص ويشمل الأحكام المتعلقة بنزاعات دولية أطرافها دولة أجنبية أو مجموعة عمومية وأشخاص يتصرفون في إطار سيادتها وهو ما يؤدي إلى تكوين قواعد عامة إستثنائية عن النظام العام.

والنظام العام الذي يتضمن الأحكام المتعلقة بنزاعات دولية أطرافها أشخاص طبيعيين أو معنويين من القانون الخاص ويسمى هذا النظام عاما لأنه يهم النزاعات الأكثر تداولا.

في إطار النظام العام الدولي يتعين تعيين الاختصاص الدولي للقضاي التونسي بناء على القواعد المضمنة بالفوصل من 3 إلى 10 من م ق د خ .

الجزء الأول : الاختصاص الدولي المطلق

- تكريس الاختصاص الدولي المطلق
- حالات الاختصاص الدولي المطلق

الجزء الثاني : الاختصاص الدولي الممكن

- المعايير الإقليمية
- المعايير الإتفاقية

-إختبار في مادة الإجراءات المدنية و التجارية و الجزائية : إستشارة

مناظرة الدخول للسنة الثانية
2015
اختبار في مادة الإجراءات المدنية والتجارية والجزائية
المدّة: ثلاث ساعات

الموضوع: استشارة قانونيّة

يملك العم سعيد الساكن بمدينة بنعروس أصلا تجاريا يستغله بالمحل التابع للعم جابر الكائن بنهج سيدي بومنديل بتونس على وجه الكراء التجاري في تجارة السلع المستوردة ، و قد فوجئ بحصول إعلامه في 20 جانفي 2015 بمقر مكتب محاميه في قضية سابقة بحكم إبتدائي صادر عن الدائرة المدنية بالمحكمة الإبتدائية ببنعروس قاضيا بإلزامه بالخروج من المحل يزعم مالك المحل "العم جابر" أنه أصبح باتا لارجعة فيه .

و قد تبين من الإطلاع على وثائق محل دعوى الخروج الصادر فيها الحكم المذكور أن هذا الحكم انبنى على تنبيه تجاري بانهاء الكراء في 31 ديسمبر 2014 تاريخ نهاية السنة الثالثة من الكراء كان وجهه إليه العم جابر بتاريخ 15 جوان 2014 و قد تم التبليغ أثناء مدة غيابه عن المحل لأسباب عائلية و في شخص الطفل "سامي" البالغ من العمر ستة عشرة سنة الذي انتحل صفة عامل لدى العم سعيد بإيعاز من والده "عامر" جار العم سعيد في المحل و بتواطئ من كاتب العدل المنفذ المبلغ للتنبيه و هو ما جعله يرفع شكوى جزائية في التحيل و التدليس و مسك و استعمال مدلس أدت إلى فتح تحقيق قضائي لا يزال جاريا بمكتب التحقيق بالمحكمة الإبتدائية بتونس ضد عامر و ابنه سامي و كل من يكشف عنه البحث من أجل التهم المذكورة

لجأ إليك العم سعيد يستشيرك حول المسائل التالية :

أولا : مدى حجية الحكم الإبتدائي الصادر عن المحكمة الإبتدائية ببنعروس القاضي بإخراجه من محل تجارته ومدى قابيته للطعن و طريقة أو طرق الطعن الممكنة ، و مدى وجاهة إختصاص المحكمة التي أصدرته حكميا و ترابيا

ثانيا : ماهو تأثير التحقيق القضائي الجاري على إجرءات القيام المدنية الممكنة سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق التعويض عن الضرر الحاصل للعم سعيد

ثالثا : مدى تأثير سن الصبي سامي و علاقة لبنوة مع العم عامر على إجلراءات التتبع و التحقيق الجزائي

ملاحظة: لا يسمح بالاستعانة بايّة وثيقة

دورة 2016

-إختبار في مادة الإجراءات المدنية و التجارية و الجزائية : إستشارة

مناظرة القبول بالمعهد الأعلى للمحاماة : السنة الثانية

2016

اختبار في مادة الإجراءات المدنية والتجارية والجزائية

المدّة: ثلاث ساعات

الموضوع: استشارة قانونيّة

يملك العم جابر قطعة أرض فلاحية كائنة بمزارع مدينة منوبة دائرة قضائها يستغلها في الزراعات الكبرى وكان استأجر في موسم 2011 آلة حاصدة على ملك جاره في السكنى العم سعيد لحصاد صابة القمح لكن شرارة نار إنطلقت من الحاصدة التي يقودها حينها إبنه القاصر جلال ذي الستة عشرة ربيعا فجاءت النار على أكياس القمح المكومة و على جزء كبير من باقي مزروعات القمح و بعض أشجار الزيتون ما تسبب للعم جابر في خسارة قدرها الخبير المنتدب بإذن على العريضة بما جملته عشرون ألفا دينار . فرفع العم جابر في أوائل نوفمبر 2015 شكوى جزائية ضد كل من العم سعيد و إبنه جلال من أجل جنحة الحريق على وجه الخطأ على معنى الفصل 309 من المجلة الجزائية بإحالتهما على الدائرة الجناحية بالمحكمة الإبتدائية بتونس التي قضت بحكمها عدد 314 بثبوت إدانة المتهمين سعيد و جلال و تخطية كل منهما بخمسمائة دينار و بإلزامهما متضامنين بأن يؤديا للعم جابر قيمة المضرة طبق تقديرات الإختبار لكل عناصرها مع خمسمائة دينار غرامة اتعاب تقاض و أجرة محاماة . فاستأنفت النيابة العمومية كما إستأنف المتهمان ذلك الحكم فقضت محكمة الإستئناف بتونس بقرارها عدد 914 بتاريخ 8 مارس 2016 نهائيا حضوريا بنقض الحكم الإبتدائي و القضاء من جديد بعدم سماع الدعوى العامة و التخلي عن الدعوى المدنية

بهت العم جابر و استغرب صدور القرار الإستئنافي المذكور

و لجأ إليك يستشيرك حول المسائل التالية :

أولا : مدى وجاهة القرار الإستئنافي عدد 914 من وجهة الإختصاص و من وجهة قبول الدعوى العامة و طريقة الطعن فيه و حضوضه في نجاح طعنه .

ثانيا : مدى حجية القرار الإستئنافي الجزائي على الدعوى المدنية المستقلة التي يروم رفعها لطلب التعويض عن نفس المضرة الحاصلة له .

ثالثا : ماهي المحكمة المختصة بنظر دعوى التعويض عن تلك المضرة محل النزاع ترابيا وحكميا باعتبار الوصف الحقيقي للدعوى في نظرك و ضد من يوجه دعواه و هل يمكنه توجيه دعواه مباشرة ضد الإبن القاصر؟

ملاحظة: لا يسمح بالاستعانة بايّة وثيقة

-إختبار في مادة القانون الدولي الخاص : القانون المنطبق على العقد الدولي

الفصل 5 من م ق د خ : إعتماد معيار تنفيذ العقد لإنعقاد إختصاص المحاكم التونسية.

قاعدة غير وجوبية يمكن الإتفاق على خلافها بين الأطراف حسب الفقرة الثانية من الفصل 5

التخلي عن المعيار القديم والذي كان معتمدا قبل صدور م ق د خ والمتمثل في مكان إبرام العقد.

-إختبار في مادة القانون العقاري : الشكلية في بيع العقار المسجل

أساس الشكلية في بيع العقار المسجل

- تكريس الشكلية وأهميتها
- نطاق الشكلية وإستثناءاتها

جزاء غياب الشكلية في بيع العقار المسجل

- الجزاء الأصلي
- إمكانية التصحيح

دورة 2017

-إختبار في مادة الإجراءات المدنية و التجارية و الجزائية : إستشارة

مناظرة الدخول للسنة الثانية بمعهد المحاماة دورة2017
اختبار في مادة الإجراءات المدنية والتجارية والجزائية
المدة: ثلاث ساعات

الموضوع: استشارة قانونية

السيد "عامر" وكيل ممثل قانوني لـ "شركة التعمير" الكائن مقرها الاجتماعي الذي هو في نفس الوقت مقر الاستغلال الرئيسي لها والتي يملك اغلبية راسمالها دخل في نزاع مع شركائه فاصبح يستبد بالتصرف في الشركة وعمد الى التفريط في بعض مكاسبها والى تحويل عائدات نشاطها الى حساب باسم ابنه القاصر "سامي" ذي السبعة عشرة سنة انذاك لدى احد البنوك، وهو ما ادى الى توقف الشركة عن دفع ديونها لعدة اشهر ، لكن "عامر" بتواطئ مع مراقب حسابات الشركة تولى اعداد حسابات وموازنات غير حقيقية لتغطية سلوكه ووضعية الشركة ولما تفطن بقية الشركاء لذلك ولحقيقة وضع الشركة رفعوا ضده هو وضد ابنه "سامي" ومراقب الحسابات دعوى جزائية من اجل الاستيلاء على اموال الشركة واعداد موازنات مغلوطة والتسبب في افلاس الشركة والمشاركة في ذلك، غير ان ابنه "سامي" الذي اصبح عمره في الاثناء تسعة عشرة سنة زعم ان والده طعن في السن واصيب بالخرف واصبح ضعيف العقل ورفع على والده والنيابة العمومية دعوى في ضرب الحجر عليه لدى محكمة الناحية لاتزال جارية.

لجا اليك احد شركاء عامر في الشركة يستشيرك حول المسائل التالية:

اولا: مدى اختصاص محكمة الناحية بنظر دعوى ضرب الحجر على عامر وما هي المحكمة المختصة قانونا بضرب الحجر وبتسمية مقدم عليه في صورة ثبوت حالة ضعف العقل ؟

ثانيا: ما هو اثر حكم ضرب الحجر لو صدر على الدعوى الجزائية التي رفعت ضد عامر من اجل الاستيلاءات والتسبب في الافلاس. وهل تختص تلك المحكمة بالدعوى الجزائية ضد ابنه سامي كذلك.

ثالثا: ماهي المحكمة المختصة حكميا وترابيا بنظر دعوى تفليس الشركة وتمديد الفلسة الى الشركاء والوكيل عند الاقتضاء.

رابعا: من له صفة تمثيل الشركة اثناء التقاضي والمحكمة المختصة بتسمية متصرف قضائي وفتي عليها عند الاقتضاء.

ملاحظة: لا يسمح بالاستعانة باية وثيقة

-إختبار في مادة القانون الدولي الخاص : التحايل على القانون

الجزء الأول : قيام التحايل على القانون

الفصل الأول : أساس التحايل على القانون

الفصل الثاني : شروط التحايل على القانون

الجزء الثاني : مواجهة التحايل على القانون

الفصل الأول : نطاق التحايل على القانون

الفصل الثاني : آثار التحايل على القانون

- إختبار في مادة القانون العقاري : الحقوق العينية العقارية الأصلية

حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا، فإنه تتفرع عنه بقية الحقوق العينية الأخرى حيث من له حق الملكية على شيء كان له :

حق استعماله

حق استغلاله

حق التصرف فيه

وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء.

الجزء الثاني :

مواضيع الإختبارات المتعلقة بالأسئلة متعددة الإختيارات

إصلاح هذه المواضيع من إعداد الصديق وسيم ناجي (آزير) وقد تم وضعها ضمن هذا الكتاب بعد الإستئذان منه وتعميما للفائدة.

مناظرة القبول بالسنة الأولى بالمعهد الأعلى للمحاماة دورة 2008

Q 1- التغرير :

A- عيب من عيوب الرضا	B- يمنع ترسيم العقد	C- يمنع تسجيل العقد
●		

Q 2- نظام الاشتراك في الملكية بين الزوجين :

A- نظام وجوبي	B- يثبت بكل الوسائل	C- يشمل العقارات المقتناة بعد الزواج والمخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها
		●

Q 3- يجوز القيام بالشفعة :

A- في بيع صحيح لمناب مشاع في عقار مشترك	B- في بيع بالمزاد	C- في بيع بين الزوجين
●		

Q 4- القرينة القانونية :

A- يضعها القاضي	B- هي وسيلة إثبات	C- تقلب عبء الإثبات
		●

Q 5- عدم دفع الثمن في البيع :

A- موجب لإبطال العقد	B- موجب لفسخ العقد	C- موجب لتغيير المبيع
	●	

Q 6- العقد غير المسمى هو :

A- عقد باطل	B- عقد شكلي	C- عقد غير منظم بتشريع خاص به
		●

Q 7- تحتوي مجلة الأحوال الشخصية على :

A- 213 فصلا	B- 280 فصلا	C- 350 فصلا
●		

Q 8- ينتهي الكراء :

A- بحلول الأجل	B- بوفاة المكتري	C- بوفاة المكري
●		

Q 9- تعتبر اهليته مقيدة :

A- السفيه	B- المجنون	C- الذات المعنوية
●		

Q 10- يبطل الشرط إذا:

A-كان معلقا على أمر مستحيل	B- كان فيه فائدة لمشترطه فحسب	C- لم تعين مدة للعمل به
●		

Q 11- مساهمة أحد الشركاء في شركة ببراءة اختراع تعدّ :

A- مساهمة نقدية	B- مساهمة عينية	C- مساهمة بالعمل
	●	

Q 12- ما هو الهدف من ردّ رأس مال الشركة إلى الصفر ؟

A- تسهيل تصفية الشركة	B- ضمان خلاص كامل الديون	C- إنقاذ الشركة من الإفلاس
		●

Q 13- تعتبر الكمبيالة عملا تجاريا :

A- مهما كان الأشخاص المتعاملون بها	B- إذا كان الساحب تاجرا	C- إذا كان المسحوب عليه تاجرا
●		

Q 14- تنشأ الشخصية المعنوية للشركة التجارية :

A- عند إمضاء عقد التأسيس	B- عند إشهار التأسيس بالرائد الرسمي	C- بداية من تاريخ ترسيمها بالسجل التجاري
		●

Q 15- الشريك في شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة :

A- يجب أن يكون شخصا طبيعيا	B- يجب أن يكون شخصا معنويا	C- يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا
●		

Q 16- يتمثل النصاب القانوني في الجمعيات العامة الخارقة للعادة للشركة خفية الاسم في :

A- نصف عدد المساهمين	B- نصف عدد الأسهم التي تعطي حق التصويت	C- ثلثي الأسهم المكونة لرأس المال
	●	

Q 17- تشمل جماعة الدائنين على :

A- الدائنين المرتهنين	B- الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الإمتياز العام	C- كل الدائنين على حد السواء
	●	

Q 18- تنحل الشركة التجارية :

A- بانتهاء مدتها	B- بعدم انتفاعها بإجراءات التسوية وفق قانون	C- بتفليسها
●		

Q 19- يجوز تعاطي التجارة بالنسبة للقاصر:

C- الذي بلغ 18 سنة وتم ترشيده قضائيا	B- الذي بلغ 17 سنة وتحصل على رخصة من وليه	A- الذي بلغ 18 سنة

Q 20- كل تصرف في أصل تجاري بالإحالة يجب إشهاره في خلال :

C- 15 يوما من تاريخ ترسيمه بالسجل التجاري	B- 20 يوما من تاريخ تسجيله	A- 15 يوما من تاريخه

Q 21- القيام لدى المحكمة الابتدائية :

C- يتم بعريضة دعوى	B- يجوز مهما كانت طبيعة الدعوى	A- يستوجب إنابة محام في كل الحالات

Q 22- الدفع بعدم الاختصاص الترابي :

C- تثيره المحكمة من تلقاء نفسها	B- لا يقبل إلا قبل الخوض في الأصل	A- جائز في كل وقت

Q23- يعدّ خطأ بيّنا تنظر في تصحيحه الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب

C- الإفراط في السلطة	B- خرق القانون	A- اعتماد القرار التعقيبي على نص قانوني ملغى

Q 24- أجل الطعن بالاستئناف هو :

C- 30 يوما من تاريخ الإعلام بالحكم	B- 20 يوما من تاريخ الإعلام بالحكم ما لم ينص القانون على تاريخ آخر	A- 21 يوما من تاريخ صدور الحكم

Q 25- ينظر القاضي الإستعجالي :

C- في أصل النزاع	B- في اتخاذ وسيلة وقتية	A- في قضايا كف الشغب

Q 26- التوظيف الإجباري للأداء :

C- يتوقف تنفيذه بالاعتراض عليه	B- يقع بموجب حكم صادر عن المحكمة الابتدائية	A- يتم في صورة غياب اتفاق مع المطالب بالأداء على نتائج المراجعة

Q 27- لا يقل أجل الحضور للجلسة أمام المحكمة الابتدائية عند الاعتراض على قرار التوظيف الإجباري:

A- عن واحد وعشرين يوما	B- عن ثلاثين يوما	C- عن ستين يوما

Q 28- أجل الاعتراض على قرار التوظيف الإجباري هو :

A- ستون يوما من تاريخ الإعلام بالقرار	B- ستون يوما من تاريخ صدور القرار	C- عشرون يوما من تاريخ الإعلام بالقرار

Q 29- يرفع الاعتراض على قرار التوظيف الإجباري :

A- للجنة الخاصة بالتوظيف الإجباري	B- للمحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المطالب بالأداء	C- للمحكمة الابتدائية التي توجد بدائرتها المصلحة الجبائية مصدرة قرار التوظيف

Q 30- يعاقب بالسجن كل شخص :

A- لم يقم بالتصريح الجبائي في الأجل القانوني	B- [illegible] فواتير غير مرقمة	C- قام بإعداد أو استعمال وثائق وهمية قصد التهرب من الأداء

Q 31- مطلب إعادة النظر في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية يسلط على أحكامها :

A- غير الحضورية	B- البائة الصادرة بصفة	C- النهائية الصادرة حضوريا

Q 32- يمكن استصدار إذن استعجالي في المادة الإدارية من طرف :

A- رئيس الدائرة الابتدائية المتعهدة بالدعوى دون سواه	B- رئيس الدائرة الابتدائية أو الاستئنافية المتعهدة حسب الحال	C- الرئيس الأول للمحكمة الإدارية دون سواه

Q 33- يختص بالنظر في مطلب توقيف القرار الإداري

A- الرئيس الأول للمحكمة	B- رئيس الدائرة الابتدائية	C- رئيس الدائرة الاستئنافية

Q 34- قرار إلغاء المقرر الإداري بسبب تجاوز السلطة :

A- يجعل من القرار الملغى كأن لم يكن	B- ينفذ بالقوة العامة	C- لا يتصل به القضاء

Q 35- تختص المحكمة الإدارية بدعاوى التعويض :

A- عن الأضرار المتأتية من العبارات الإدارية	B- عن الانتزاع للمصلحة العمومية	C- عن الاستيلاء على العقارات

Q 36- يشترط للتصريح بعقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة :

A- قبول المتهم هذه العقوبة	B- حضور المتهم بالجلسة والتعبير عن ندمه وأن لا يكون عائدا	C- حضور المتهم بالجلسة والتعبير عن ندمه

Q 37- لا يجوز النزول بالعقاب المستوجب لجريمة والمقدر بعشر سنوات أو أكثر إلى ما دون :

A- خمسة أعوام	B- عامين	C- ستة أشهر

Q 38- تعوض عقوبة الإعدام للمتهم الذي تجاوز سنه ثلاثة عشر عاما ولم يبلغ ثمانية عشر عاما:

A- بالسجن بقية العمر	B- بالسجن مدة عشرة أعوام	C- بالسجن مدة خمسة أعوام

Q 39- لا يعاقب جزائيا :

A- الشريك في الجريمة	B- مرتكب المحاولة في الجناية	C- فاقد العقل

Q 40- تتحدد العقوبات الجزائية بالنظر إلى :

A- جنسية الجاني	B- جنس الجاني	C- نوع الجريمة

Q 41- لا تنفذ عقوبة الإعدام :

A- شنقا	B- على المرأة الحامل	C- أثناء العطلة القضائية

Q 42- يعاقب المشارك في جريمة بنفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي :

A- في كل الحالات وبدون	B- في المخالفات فقط	C- ما عدى الحالات التي نص

Q 43- تضم العقوبات لبعضها :

A- إذا تكون من الفعل الواحد	B- إذا كانت العقوبات	C- في صورة الحكم بمنع الإقامة

Q 44- المخالفة هي :

A- جريمة	B- جريمة تقتضي التحقيق	C- جريمة لا يمكن فيها الجبر

Q 45- يعاقب في المخالفات المتعلقة بالآداب العامة :

A- التشويش في الطريق العام	B- إيداع سلاح عند قاصر	C- إساءة معاملة حيوانات للغير

Q 46- حضور وكيل الجمهورية عملية استنطاق المتهم لدى التحقيق :

A- وجوبي	B- اختياري	C- ممنوع

5

(5)

	X	

Q 47- من صلاحيات قاضي تنفيذ العقوبات :

A- منح السراح الشرطي	B- مراجعة العقوبة المحكوم بها	C- النظر في مطالب الاسترداد
X		

Q 48- إثارة الدعوى العمومية من حق :

A- الضابطة العدلية	B- حاكم التحقيق	C- النيابة العمومية
		X

Q 49- يمكن عرض الصلح بالوساطة في المادة الجزائية :

A- قبل إثارة الدعوى العمومية	B- أثناء المحاكمة	C- بعد صدور حكم بات
X		

Q 50- التحقيق في المادة الجزائية :

A- وجوبي في كل الجرائم	B- وجوبي في الجنايات	C- وجوبي في الجنح
	X	

سنة 2009

الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الإنسان
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي والتكنولوجيا

مناظرة القبول بالمعهد الأعلى للمحاماة (دورة2009) - اختبار في الأسئلة متعددة الاختيارات Avocat B-

Q1- من العقوبات الجزائية الأصلية:

A- منع الإقامة	B- الحرمان من حق الاقتراع	C- الخطية

Q 2- يمكن معاقبة المتهم بمقتضى نص قانوني وضع:

A- بعد وقوع الفعل الإجرامي	B- بعد وقوع الفعل الإجرامي وقبل الحكم البات	C- بعد وقوع الفعل الإجرامي وقبل الحكم البات وكان نصه أرفق بالمتهم

Q3- العقاب بالسجن في صورة الجناية لا يمكن أن يقل عن:

A- ثلاث سنوات	B- خمس سنوات	C- عشر سنوات

Q 4- الإبعاد هو:

A- منع المحكوم عليه بصورة دائمة من الإقامة والظهور في أماكن معينة	B- تهجير المحكوم عليه خارج تراب الوطن	C- منع المحكوم عليه لمدة تعين بالحكم من الإقامة والظهور في أماكن معينة

Q 5- الحكم ببراءة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه:

A- يزول به حق المتضرر في طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه	B- يجوز معه للمتضرر طلب تعويض الضرر الذي لحق به	C- هو الذي يقرر إمكانية التعويض من عدمها

Q 6- إفشاء السر المهني:

A- يشكل جريمة في كل الحالات	B- لا يشكل جريمة في حالات مخصوصة	C- لا يشكل جريمة وإنما هو موجب للمساءلة التأديبية والمدنية

Q 7- لا عقاب على :

A- من ارتكب جريمة عن غير قصد	B- من ارتكب فعلا بمقتضى نص قانوني	C- من ارتكب مخالفة

Q 8- تستبدل المحكمة عقوبة السجن بعقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة:

A- إذا قضت بالسجن النافذ لمدة أقصاها 3 سنوات	B- إذا قضت بالسجن النافذ لمدة أقصاها 6أشهر	C- إذا قضت بالسجن النافذ لمدة أقصاها عام واحد

Q 9- لا يمكن أن يقل مبلغ التعويض الجزائي عن:

A- عشرين دينارا	B- خمسين دينارا	C- مائة دينار

5/1

Q 10- الإيهام بجريمة يقتضي:

A	B	C
A- إعلام السلطة العمومية بوقوع مخالفة	B- إعلام عامة الناس بوقوع المخالفة	C- إعلام السلطة العمومية بوقوع مخالفة مع العلم اليقين بأنها لم توجد

Q 11- كل استدعاء أمام المحكمة لا يكون إلا بواسطة:

A	B	C
A- محضر يحرره عدل منفذ	B- الطريقة الادارية	C- محضر يحرره عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلافه X

Q 12 - يقع التبليغ للشخص الطبيعي:

A	B	C
A- وجوبا للمطلوب شخصيا	B- للمطلوب شخصيا أو لمن كان في خدمته أو لمساكنه	C- للجار

Q 13- ميعاد الالتماس بإعادة النظر هو :

A	B	C
A- ثلاثون يوما من تاريخ الإعلام بالحكم	B- ثلاثون يوما من تاريخ الظفر بالسبب الداعي للالتماس	C- عشرون يوما من تاريخ الإعلام بالحكم

Q 14- بصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المعقب:

A	B	C
A- لمدة شهر	B- لمدة شهرين	C- إلى حين صدور القرار التعقيبي

Q 15- ينظر القاضي الاستعجالي بصورة مؤقتة في:

A	B	C
A- جميع الحالات المعروضة عليه	B- بعض الحالات المتأكدة	C- جميع الحالات المتأكدة دون المساس بالأصل

Q 16- الطعن بالاعتراض في قرار التوظيف الإجباري:

A	B	C
A- يوقف تنفيذه	B- يوقف تنفيذه إذا دفع المطالب بالأداء 20% من أصل الأداء المستوجب أو قدم ضمانا بنكيا asbahat 10%	C- لا يوقف تنفيذه

Q 17- إنابة المحامي عند الطعن بالاعتراض في قرارات التوظيف الإجباري من طرف المطالب بالأداء:

A	B	C
A- وجوبية في كل الحالات	B- غير وجوبية	C- وجوبية فقط إذا تجاوز مبلغ الأداء الموظف أو المطلوب استرجاعه خمسة وعشرين ألف دينار

Q 18- تاريخ بدء عملية المراجعة المعمقة للوضعية الجبائية يجب أن لا يقل من تاريخ تبليغ الإعلام بها للمطالب بالأداء:

A	B	C
A- عن ستين يوما	B- عن شهر	C- عن خمسة عشر يوما

Q 19- الاثبات في المادة الجبائية:

A	B	C
A- يخضع للقواعد العامة للاثبات	B- مقيد ولا يمكن اعتماد البينة واليمين الحاسمة	C- مقيد ولا يمكن اعتماد إلا الحجة المكتوبة والاقرار

5/2



Q 20- المدة الفعلية القصوى لعملية المراجعة الجبائية المعمقة:

A- ستة أشهر إذا تمت على ضوء مسك المطالب بالأداء محاسبة قانونية وعام في غير تلك الحالة	B- ثمانية أشهر ويمكن التمديد فيه	C- ستة أشهر في كل الحالات

Q 21- يسقط حق القيام بدعوى المطالبة بغرامة انتزاع تعويضا عن العقار المنتزع:

A- بمرور سنة من تاريخ صدور أمر الانتزاع	B- بمرور سنة من تاريخ إعلام صاحب العقار المنتزع بالانتزاع	C- بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ صدور أمر الانتزاع

Q 22- لكل من يدعي لكتساب حق على العقار المراد انتزاعه رفع اعتراض معلل إلى:

A- المكلف العام بنزاعات الدولة	B- الإدارة المنتفعة بالانتزاع	C- لجنة الاستقصاء والمصالحة بمقر الولاية

Q 23- أضحى الاختصاص الحكمي للدعاوى المرفوعة للمطالبة بالتعويض عن انتزاع عقار منعقدا من حيث المبدأ:

A- للمحاكم العدلية ابتدائيا واستئنافيا وتعقيبيا	B- للمحاكم العدلية ابتدائيا وللمحكمة الإدارية استئنافيا وتعقيبيا	C- للمحاكم العدلية ابتدائيا واستئنافيا وللمحكمة الإدارية تعقيبيا

Q 24- القرارات الصادرة عن الرئيس الأول للمحكمة الإدارية القاضية بتأجيل التنفيذ أو توقيفه:

A- تقبل الطعن بالاستئناف	B- لا تقبل الطعن إلا بالتعقيب	C- غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن

Q 25- أجل الطعن في الأحكام بالاستئناف أمام المحكمة الإدارية هو:

A- شهر من تاريخ الإعلام بالحكم من قبل كتابة المحكمة أو عدل منفذ	B- شهر من تاريخ صدور الحكم	C- عشرون يوما من تاريخ الإعلام بالحكم

Q 26- تنقضي الدعوى العمومية:

A- بالصلح في كل الحالات	B- بوفاة المتهم	C- بوفاة المجني عليه

Q 27- يرفع الطعن بالتعقيب في المادة الجزائية بعريضة كتابية إلى:

A- كتابة محكمة التعقيب	B- كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه	C- السيد الوكيل العام لدى محكمة التعقيب

Q 28- الطعن بالتعقيب في الأحكام الجزائية:

A- لا يوقف تنفيذ الحكم في كل الحالات	B- يوقف تنفيذ الحكم في كل الحالات	C- لا يوقف تنفيذ الحكم إلا في حالات معينة نص عليها القانون

4

Q 29- يمكن لوكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب أن يقوم بالطعن في الحكم بعد فوات أجل التعقيب:

A- في كل الحالات	B- لمصلحة القانون	C- لمصلحة المتهم

Q 30- يمكن عرض الصلح بالوساطة في المادة الجزائية:

A- في الجنايات	B- في المخالفات دون سواها	C- في المخالفات وبعض الجنح المحددة قانونا

Q 31- الحجة الرسمية هي كتب:

A- يتلقاه كاتب عمومي	B- يحرره مأمور عمومي	C- يطلع عليه مأمور عمومي

Q 32- لصحة بيع العقار غير المسجل لا بد من :

A- حجة رسمية	B- تسجيل العقد بالقباضة المالية	C- كتب ثابت التاريخ

Q 33- يمكن للشريك في عقار مشترك أن:

A- يبيع كامل العقار المشترك	B- يبيع جزءا مفرزا من العقار المشترك	C- يبيع منابه على الشياع

Q 34- يضمن مالك العقار للمكتري:

A- العيوب التي تنقص من قيمة العقار	B- العيوب التي تنقص من منفعة العقار	C- العيوب التي يمكن أن تتفاقم بعد إبرام العقد

35- تنقضي الالتزامات بـ :

A- وفاة المدين	B- التحجير على المدين	C- المقاصة

Q 36- يجوز انتقال حق أو دين من الدائن الأصلي إلى شخص آخر:

A- بموجب القانون	B- بإرادة أحد المتعاقدين	C- بإرادة الدائن

Q 37- يقع التشطيب على الرهن العقاري بـ :

A- انتقال ملكية العقار	B- خلاص الدائن	C- حكم الحرز على قوة ما اتصل به القضاء

Q 38- من الحقوق العينية العقارية:

A- حق البقاء	B- حق الانتفاع	C- حق الاستغلال

Q 39- يثبت النسب بـ :

A- التحليل الجيني	B- شهادة شاهدين	C- إقرار الأم

Q 40- من صور الطلاق في القانون التونسي:

A- الطلاق البائن	B- الطلاق إنشاء	C- الطلاق الرجعي

Q 41- تعتبر الكمبيالة عملا تجاريا

A- مهما كان الأشخاص المتعاملون بها	B- إذا كان الساحب تاجرا	C- إذا كان المسحوب عليه تاجرا

Q 42- لا يصح عقد بيع الأصل التجاري إلا إذا :

A- حرره محام غير متمرن	B- حرره عدل منفذ	C- تم تسجيله بصورة قانونية

Q 43- يعتبر عقد الحساب الجاري:

A- عقدا شكليا	B- عقدا غير ملزم	C- عقدا مسمى

Q 44- تم تنقيح قانون 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية بصورة مباشرة في:

A- مناسبتين	B- ثلاث مناسبات	C- أربع مناسبات

Q 45- تعد الشركة ذات المسؤولية المحدودة شركة تجارية :

A- بسبب موضوعها	B- بسبب شكلها	C- بسبب شكلها وموضوعها

Q 46- أثر اعتراض دائني الأصل التجاري على دفع ثمن بيعه هو :

A- تجميد دفع الثمن من قبل المشتري	B- تعليق البيع	C- تمكين الدائنين من ضرب عقلة على الأصل التجاري

Q 47- حينما يقع الكشف عن وجود شركة محاصة للغير :

A- تنقلب الشركة إلى شركة مقارضة بسيطة	B- تبطل الشركة	C- تنقلب الشركة إلى شركة مفاوضة

Q 48- يقع التنصيص بالسجل التجاري وجوبا على:

A- قرار القاضي بتوزيع الأرباح بين الشركاء	B- الأحكام القاضية بتفليس المدين شخصيا	C- بيع الأصل التجاري

Q 49- لا تكتسي الصبغة التجارية من حيث الشكل:

A- شركة المقارضة بالأسهم	B- الشركة ذات المسؤولية المحدودة	C- شركة المقارضة البسيطة

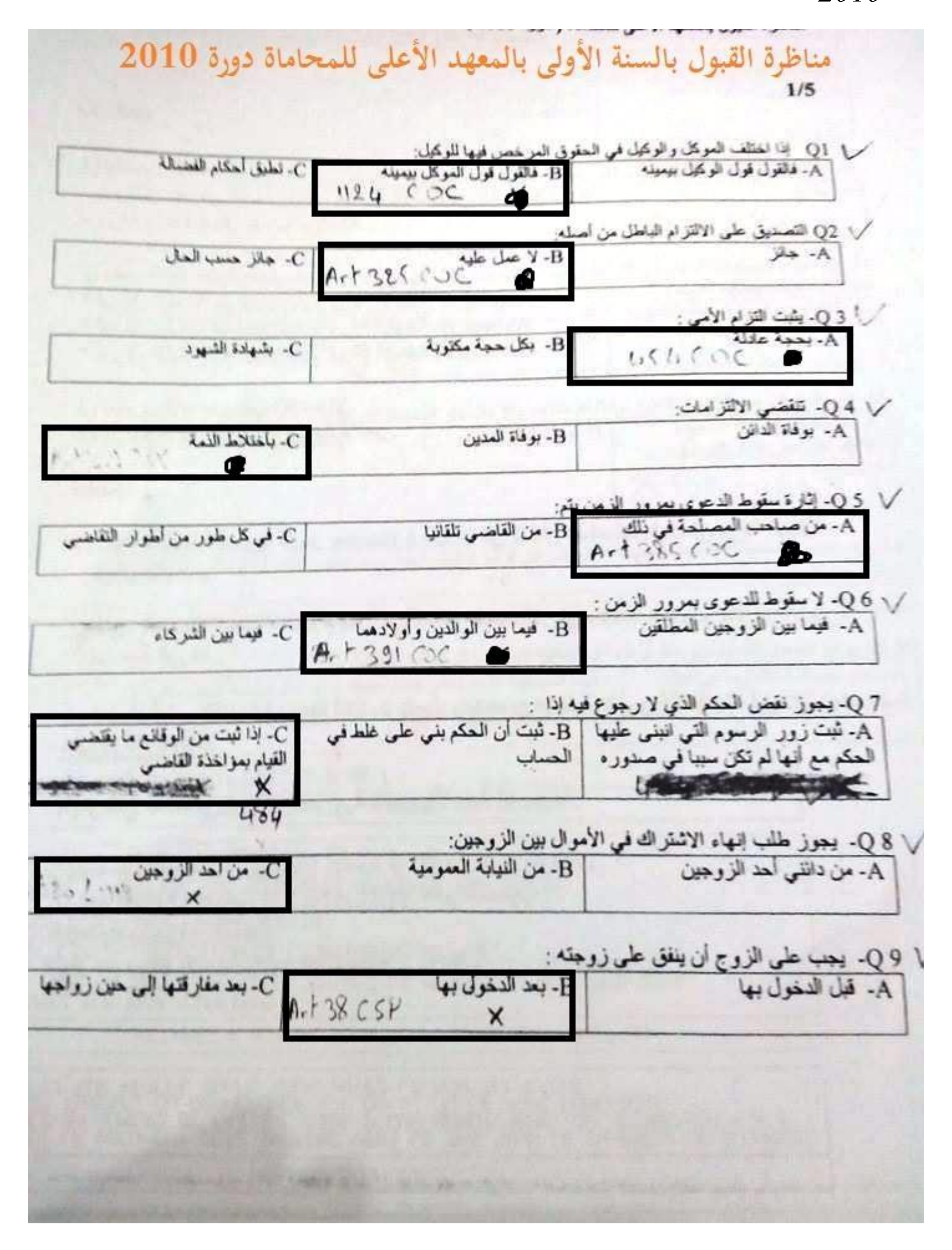
Q 50- يتولى وضع الأختام في حالة التفليس:

A- أمين الفلسة	B- الحاكم المنتدب	C- عدل التنفيذ

5/5

6

سنة *2010*



مناظرة القبول بالسنة الأولى بالمعهد الأعلى للمحاماة دورة 2010

1/5

Q1 إذا اختلف الموكل والوكيل في الحقوق المرخص فيها للوكيل:

A- فالقول قول الوكيل بيمينه	B- فالقول قول الموكل بيمينه	C- تطبق أحكام الفضالة

Q2 التصديق على الالتزام الباطل من أصله:

A- جائز	B- لا عمل عليه	C- جائز حسب الحال

Q 3- يثبت التزام الأمي:

A- بحجة عادلة	B- بكل حجة مكتوبة	C- بشهادة الشهود

Q 4- تنقضي الالتزامات:

A- بوفاة الدائن	B- بوفاة المدين	C- باختلاط الذمة

Q 5- إثارة سقوط الدعوى بمرور الزمن يتم:

A- من صاحب المصلحة في ذلك	B- من القاضي تلقائيا	C- في كل طور من أطوار التقاضي

Q 6- لا سقوط للدعوى بمرور الزمن:

A- فيما بين الزوجين المطلقين	B- فيما بين الوالدين وأولادهما	C- فيما بين الشركاء

Q 7- يجوز نقض الحكم الذي لا رجوع فيه إذا:

A- ثبت زور الرسوم التي انبنى عليها الحكم مع أنها لم تكن سببا في صدوره	B- ثبت أن الحكم بني على غلط في الحساب	C- إذا ثبت من الوقائع ما يقتضي القيام بمؤاخذة القاضي

Q 8- يجوز طلب إنهاء الاشتراك في الأموال بين الزوجين:

A- من دائني أحد الزوجين	B- من النيابة العمومية	C- من أحد الزوجين

Q 9- يجب على الزوج أن ينفق على زوجته:

A- قبل الدخول بها	B- بعد الدخول بها	C- بعد مفارقتها إلى حين زواجها

Q10- تشمل ملكية الأرض :

A- ما تحتها وما فوقها دون استثناء	B- ما فوقها فقط	C- ما فوقها وما تحتها عدا ما استثناه القانون Art 13 CDR ✗

Q 11- يشمل الأصل التجاري وجوبا:

- المعدات والسلع	B- الحرفاء والسمعة التجارية Art 189 CC ✗	C- الاسم التجاري

Q 12- تكون الشركة تجارية :

A- بموجب موضوعها فقط	B- بموجب موضوعها وشكلها ✗	C- بموجب شكلها فقط

Q 13- يكون الشريك في شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة :

A- شخصا طبيعيا ✗ 143 CSC	B- شخصا معنويا	C- شخصا طبيعيا أو معنويا

Q14- يتم تعيين مراقب الحسابات في الشركة خفية الاسم من :

A- مجلس الادارة	B- الرئيس المدير العام	C- الجلسة العامة العادية للشركاء ✗

Q 15- تعد الشركة ذات المسؤولية المحدودة شركة تجارية :

A- بسبب موضوعها	B- بسبب شكلها ✗	C- بسبب شكلها وموضوعها

Q16- لا يمكن تغيير شكل الشركة إلا بموجب :

A- قرار قضائي فقط	B- قرار قضائي أو قرار من الجلسة العامة الخارقة للعادة	C- قرار من الجلسة العامة الخارقة للعادة فقط ✗

Q 17- تخضع الشركات التجارية للأحكام الواردة :

A- بالمجلة التجارية فقط	B- بالمجلة التجارية ومجلة الشركات التجارية وغيرها من النصوص ✗	C- بمجلة الشركات التجارية فقط

Q 18- ينتج عن عدم تقديم الكمبيالة للخلاص عند حلول الأجل وعن عدم الاحتجاج على الخلاص:

A- تمكين ساحب الكمبيالة من أجل إضافي للخلاص	B- انقضاء الدين موضوع الكمبيالة	C- حرمان الحامل من الدعوى الصرفية ضد الضامنين

Q 19- يمكن للشركة ذات المسؤولية المحدودة أن تصدر :

A- حصصا اجتماعية ✗	B- أسهما	C- رقاعا

Q 20- ترسيم الشركة بالسجل التجاري :

A- إجراء اختياري	B- إجراء وجوبي تنشأ به الشخصية المعنوية للشركة ✗ CSC	C- إجراء وجوبي لصحة تكوين الشركة

Q21- أسند المشرع مهمة متابعة تنفيذ عقوبة التعويض الجزائي إلى:

A- النيابة العمومية ✗	B- قاضي تنفيذ العقوبات	C- المحكوم لفائدته

Q22- تأديب الصبي ممن له سلطة عليه :

A- يستوجب عقابا مشددا	B- يستوجب عقابا مخففا	C- لا يستوجب العقاب

Q23- إذا كان سن المجرم غير محقق :

A- يتخلى القاضي عن النظر في الجريمة	B- يحدد القاضي الذي ينظر في الجريمة سنه	C- يصرح القاضي بعدم مؤاخذته بالجريمة

Q 24- كل إنسان ارتكب عدة جرائم متباينة :

A- يعاقب لأجل كل واحدة بانفرادها	B- يعاقب بالعقاب المقرر للجريمة التي تستوجب أكثر عقاب	C- يعاقب بالعقاب المقرر للجريمة الأقل خطورة

Q 25- من يعين قصدا غيره على قتل نفسه بنفسه :

A- لا تقع مؤاخذته جزائيا	B- يعاقب بالسجن مدة 5 أعوام	C- يعاقب بالعقاب المقرر لجريمة القتل العمد

Q 26- من ثبت عليه ارتكاب السرقة :

A- يسوغ عقابه بالعقوبات التكميلية	B- يجب عقابه بالعقوبات التكميلية	C- لا يقع تسليط العقوبات التكميلية عليه

Q 27- يترتب على المحاولة عقاب في الجنح :

A- في جميع الصور	B- إذا نص القانون على ذلك صراحة	C- إذا اقترنت الجنحة بجناية

Q 28- الصلح بالوساطة في المادة الجزائية من اختصاص :

A- وكيل الجمهورية	B- المحكمة المتعهدة بالقضية	C- الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف

Q 29- أدنى العقاب المستوجب لجريمة التكفف هو :

A- 6 أشهر	B- شهرين	C- 15 يوما

Q 30- جريمة هتك القبور تمثل :

A- جنحة	B- جناية	C- مخالفة

Q 31-يمنح قاضي تنفيذ العقوبات التراخيص للخروج من السجن لزيارة الزوج أو أحد الأصول أو الفروع في صورة :

A- المرض الشديد	B- الموت	C- فقدان العقل

Q 32 - يسوغ للوكيل العام لدى محكمة الاستئناف منح المحكوم عليه غير الموقوف تأجيل تنفيذ العقاب:

A- في الجنح البسيطة	B- في الجنايات	C- في الأحوال الخطيرة والاستثنائية فقط

Q33- يمكن لقاضي تنفيذ العقوبات أن يمنح السراح الشرطي للمحكوم عليه بالسجن من أجل جنحة لمدة:

A- عامين	B- عام	C- ثمانية أشهر

Q 34- ترفع سائر النزاعات المتعلقة بالتنفيذ في المادة الجزائية إلى:

A- النيابة العمومية	B- قاضي تنفيذ العقوبات	C- المحكمة التي أصدرت الحكم

Q 35- يتضمن قرار التمديد في الإيقاف التحفظي:

A- الأسانيد الواقعية والقانونية التي تبرره	B- الإشارة إلى أن البحث لا زال جاريا	C- الإشارة إلى عدم استكمال الاجراءات

Q36- الدفع بعدم الاختصاص الحكمي:

A- لا يهم النظام العام	B- يهم مصلحة الخصوم	C- يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة التعقيب

Q 37- إذا وقع الرجوع في الاستئناف الأصلي:

A- يزول الاستئناف العرضي	B- يمكن الاستئناف مرة ثانية	C- يبقى الاستئناف العرضي قائما

Q 38- يمكن طلب الحكم بسقوط الخصومة إذا مضت على تعطيل القضية:

A- مدة ثلاثة أعوام بدون أن يقع طلب استئناف النظر فيها	B- مدة عام واحد بدون أن يقع طلب استئناف النظر فيها	C- مدة ثمانية أشهر بدون أن يقع طلب استئناف النظر فيها

Q 39- يقع الاعتراض على حكم صادر عن المحكمة الابتدائية:

A- أمام محكمة الاستئناف	B- أمام محكمة التعقيب	C- أمام المحكمة الابتدائية التي صدرت الحكم المعترض عليه

Q 40- لا يمكن أن يقل ميعاد الحضور أمام المحكمة الابتدائية بالنسبة إلى الدولة والمؤسسات العمومية عن:

A- 21 يوما	B- 30 يوما	C- 60 يوما

Q41 ترفع دعوى تجاوز السلطة المتعلقة بالأوامر ذات الصبغة الترتيبية أمام المحكمة الادارية:

A- دون حاجة لإنابة محام	B- بواسطة محام لدى الاستئناف أو التعقيب	C- بواسطة محام لدى التعقيب

Q 42- يرجع الإختصاص للنظر في النزاعات المتعلقة بالتعويض عن حوادث المرور المرتكبة من العربات التابعة للدولة:

A-للمحكمة الإدارية	B- للمحاكم العدلية ابتدائيا واستئنافيا وتعقيبيا	C-للمحاكم العدلية ابتدائيا وللمحكمة الادارية استئنافيا وتعقيبيا

Q 43- يجب أن يقدم مطلب الطعن بالاستئناف للمحكمة الادارية:

A- في ظرف شهرين من تاريخ تسجيل الطعن بكتابة المحكمة الادارية	B- في ظرف شهر من تاريخ تسجيل الطعن بكتابة المحكمة الادارية	C- في ظرف عشرين يوما من تاريخ تسجيل الطعن بكتابة المحكمة الادارية

44 Q- القرارات الصادرة عن مجلس التنازع في مسألة الاختصاص:

A-	تقبل الطعن بالاستئناف
B-	لا تقبل الطعن إلا بالتعقيب
C-	غير قابلة للطعن

45 Q- المطلب المسبق قبل رفع دعوى في تجاوز السلطة:

A-	اختياري في كل الحالات
B-	وجوبي إذا تعلق الأمر بالأوامر ذات الصبغة الترتيبية
C-	وجوبي عند الطعن في المقرر الإداري للانحراف بالسلطة وبالإجراءات

46 Q- تتكيف جريمة افتعال وصنعيات قانونية غير حقيقية قصد الانتفاع بامتيازات جبائية بـ:

A-	جنحة
B-	مخالفة
C-	جناية

47 Q- لجوء المحكمة للاختبار في النزاعات الجبائية المتعلقة بتقدير القيمة التجارية للعقار والحقوق العقارية والأصول التجارية المتعلقة بمعاليم التسجيل:

A-	اختياري يخضع للسلطة التقديرية
B-	إجباري وعلى المحكمة أن تأذن به من تلقاء نفسها
C-	لا يمكن للمحكمة أن تأذن به إلا إذا طالب به صاحب المصلحة

48 Q- البت في صحة أعمال التبليغ والاستدعاءات والإعلامات المتصلة بالتوظيف الاجباري يكون من اختصاص:

A-	المحكمة الابتدائية المتعهدة بالاعتراض على قرار التوظيف الاجباري
B-	محكمة الناحية
C-	المحكمة الادارية

49 Q- على المحكمة الابتدائية المتعهدة باعتراض في قرار توظيف إجباري تم توقيف تنفيذه أن تبت في القضية في أجل لا يتجاوز من تاريخ تعهدها بالطعن:

A-	سنة
B-	ستة أشهر
C-	ستين يوما

50 Q- يرفع الطعن بالتعقيب في القرارات الاستئنافية الصادرة في المادة الجبائية:

A-	أمام المحكمة الادارية في أجل أقصاه شهر من تاريخ صدور القرار
B-	أمام المحكمة الادارية في أجل أقصاه شهر من تاريخ الإعلام بالقرار
C-	أمام محكمة التعقيب في أجل عشرين يوما من تاريخ الإعلام بالقرار

تلصق هنا اللاصقة الحاملة للاسم و اللقب	مناظرة القبول بالمعهد الاعلى للمحاماة دورة 2011 اختبار في الاسئلة متعددة الاختيارات المدة : ساعة ونصف	الجمهورية التونسية وزارة العدل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي المعهد الاعلى للمحاماة

Avocat – A -

ملاحظــــات :

1) يتضمن الاختبار :
- ورقتين كبيرتي الحجم A3 خاصة بالأسئلة مرقمة من 1 إلى 5
- ورقة واحدة A4 خاصة بالإجابة .

2) يجب التأكد من التطابق بين :
- أوراق الاسئلة Avocat A و ورقة الاجابة Avocat A
- أوراق الاسئلة Avocat B و ورقة الاجابة Avocat B
- أوراق الاسئلة Avocat C و ورقة الاجابة Avocat C

3) يحتوي الاختبار على 50 سؤالا .

4) كلّ سؤال يحتمل **إجابة واحدة** لا غير.

تعليمــــات :

1) تثبت اللاصقة الحاوية للرمز Code à Barre في المكان المخصص لها على ورقة الإجابة (الركن الأيمن).

2) تثبت اللاصقة الحاملة للاسم و اللقب في المكان المخصص لها بالصفحة الأولى (الركن الأيسر)

3) **لا تسلم إلا ورقة إجابة واحدة لكلّ مترشح و يستحسن الاجابة على ورقة الاسئلة قبل نقل العلامات على ورقة الاجابة .**

4) توضع علامة (X) في المربع الخاص بالإجابة الصحيحة .

5) يستعمل القلم الجاف (BIC) الأسود أو الأزرق دون سواهما .

6) عدم استعمال الماحي (BLANCO) و عدم التشطيب .

7) عدم طي ورقة الاجابة .

8) ترجع ورقة الاجابة و أوراق الأسئلة .

Q1- لا يجب على الدائن أن ينذر المدين إلا :

A – امتنع المدين صراحة عن الوفاء

B – صار الوفاء ممكنا

C – تعذر الانذار بالوفاء

Q2 – القواعد الآمرة:

A – تطبق ما لم يتفق الأطراف على خلافها

B – لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة التعقيب

C – لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها

Q3 – تجوز الشفعة إذا :

A – حصل البيع بالمزاد العلني

B – وقع البيع بين الأجوار

C – تعلق البيع بحصة مشاعة من عقار مشترك

Q4 – من حاز عقارا مسجلا عن حسن نية:

A – لا تنتقل له ملكيته مهما طالت مدة الحوز

B – كانت له ملكيته إذا حازه مدة 15 عاما

C – كانت له ملكيته إذا حازه بشبهة مدة 30 عاما

Q5 – يتسلط الاشتراك في الملكية بين الأزواج على :

A – العقارات السكنية المكتسبة بعد الزواج

B – جميع العقارات المكتسبة بعد الزواج

C – جميع العقارات والمنقولات الراجعة للزوجين

Q6 – إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه:

A – يصحح الالتزام في كل الحالات

B – لا عمل عليه

C – يصحح الالتزام نسبيا

Q7 – الاقرار بالحق :

A – يقطع التقادم المسقط للدعوى

B – ليس له تأثير على تقادم الدعوى

C – لا يصح التمسك تجاهه بتقادم الدعوى

Q8 – الفسخ هو جزاء :

A – اختلال ركن من أركان العقد

B – اختلال شرط من شروط العقد

C – عدم تنفيذ العقد

Q9 – حق البقاء في محل الزوجيه يسند :

A – للحاضنة

B – للزوجة عند فشل المساعي الصلحية

C – للمطلقة عند الحكم لها بجراية عمرية

Q10 – يمين الاستيفاء يوجهها :

A – المدعي

B – المدعى عليه

C – القاضي

Q11 – المراقبة الادارية تكون :

A – بقرار إداري

B – بقرار من وكيل الجمهورية

C – بحكم من المحكمة

Q12 – حمل الأوسمة بدون وجه قانوني جريمة خاصة بـ :

A – العسكريين

B – الموظفين

C – عموم الناس

Q13 – جريمة التكفف ضمن المجلة الجزائية التونسية تعني :

A – التسول

B – التظاهر بالعمى

C – الايهام بسقوط قصد الحصول على صدقة

Q14 – إذا تكون من فعل واحد عدة جرائم :

A – تضم العقوبات لبعضها

B – يسلط العقاب الأشد

C – يعاقب عن كل فعل بانفراده

Q15 – اسقاط الزوج المعتدى عليه بالعنف من قرينه يترتب عنه :

A – تخفيف العقاب

B – إيقاف التتبع أو المحاكمة

C – الاعفاء من عقوبة السجن شريطة أن لا يكون الحكم باتا

Q16 – العقوبات المالية :

A – لا تضم لبعضها بعضا

B – لا تضم لبعضها إذا كانت الجرائم متباينة

C – تضم لبعضها إذا رأى القاضي ذلك

Q17 – [illegible] :

A – قبل إثارة الدعوى العمومية

B – أثناء المحاكمة

C – قبل صدور حكم بات

Q18 – يشترط للتصريح بعقوبة التعويض الجزائي أن يكون:

A –الحكم حضوريا

B –المتهم حاضرا بالجلسة وعبر عن ندمه

C –الحكم حضوريا ولم يسبق الحكم على المتهم بالسجن أو بعقوبة التعويض الجزائي

Q19 – زواج الجاني بالبنت التي فر بها :

A – لا ينجر عنه أي تتبع عدلي

B – يترتب عنه إيقاف المحاكمة

C – يترتب عنه تخفيف العقاب

Q20 – جريمة الادعاء بالباطل تقتضي الوشاية باطلا بشخص لدى :

A – سلطة إدارية فحسب

B – سلطة عدلية فحسب

C – سلطة إدارية أو عدلية

Q21 – يختص المحامي بتحرير عقود :

A – هبة الأصل التجاري

B – بيع الأصل التجاري

C – رفع الرهن على الأصل التجاري

Q22 – قفل الحساب الجاري غير المحدد بمدة يتم:

A – بدون تنبيه مسبق

B – باتفاق الطرفين

C – بالاتفاق بعد التنبيه

Q23 – تتولى المحكمة خلال فترة مراقبة المؤسسات في طور التسوية القضائية تسمية :

A – أمين فلسة

B – مؤتمن عدلي

C – متصرف قضائي

Q24 – شركة المحاصة :

A – تتمتع بالشخصية العنوية

B – لا تتمتع بالشخصية المعنوية

C – تتمتع بشخصية معنوية محدودة

Q25 – تباع أسهم الشركات المدرجة بالسوق المالية عن طريق:

A – وسطاء بالسوق المالية

B – عدول تنفيذ

C – خبراء محاسبين

Q26 – يترتب عن حكم التفليس :

A – رفع يد المفلس عن إدارة مكاسبه

B – مراقبة تصرف المفلس في مكاسبه من طرف القضاء

C –تصرف المفلس في مكاسبه تحت رقابة أمين الفلسة

Q27 – تتكون الشخصية المعنوية للشركة التجارية :

A – بإتمام إجراءات تأسيس الشركة

B – بترسيم الشركة بالسجل التجاري

C – بإشهار الشركة بالرائد الرسمي

Q28 – الشركة ذات المسؤولية المحدودة تعد شركة تجاري بحكم :

A –موضوعها

B –شكلها

C – شكلها وموضوعها

Q29 – إذا تجاوز عدد الشركاء في شركة ذات مسؤولية محدودة 50 شريكا :

A – تنحل الشركة

B – تتحول الى شركة خفية الاسم

C – تقع دعوة الشركاء الى جلسة عامة

Q30 – تكون مداولات مجلس إدارة الشركة خفية الاسم صحيحة إذا حضرها :

A – نصف أعضائه على الأقل

B – ثلثا أعضائه على الأقل

C – العدد المتفق عليه بالعقد التأسيسي

Q31 – إذا تسلم المبلغ له الاستدعاء شخصيا في غير مقره يكون التبليغ :

A – صحيحا

B – باطلا

C – قابلا للإبطال

Q32 – الانذار بالدفع إجراء وجوبي في :

A – دعاوى أداء مال

B – الأوامر بالدفع

C –الأوامر بالدفع إذا تجاوز الدين مائة وخمسين دينارا

Q33 – يسقط الإذن على العريضة إذا لم يقدم للتنفيذ في أجل :
A – ثلاثة أيام
B – سبعة أيام
C – عشرة أيام

Q34 – عند الطعن بالاستئناف في المادة المدنية :
A – لا يجوز مطلقا الاحتجاج بوسائل جديدة
B – يجوز الاحتجاج بوسائل جديدة
C – يجوز الاحتجاج بوسائل جديدة بشرط عدم اعتراض المستأنف ضده على ذلك

Q35 – المسقطات تقع إثارتها من :
A – الخصوم
B – المحكمة
C – المتضرر من مخالفتها

Q36 – الاحتفاظ بذي الشبهة يكون لمدة أقصاها :
A – أربعة عشر شهرا
B – أربعة أيام
C – ستة أيام

Q37 – تسقط الدعوى العمومية الناتجة عن جناية التعذيب بمرور :
A – عشرين عاما
B – خمسة عشر عاما
C لا تسقط

Q38 – تلقي شهادة أعضاء الحكومة يتم :
A – بالمحكمة
B – بمنازلهم
C – بمقر رئاسة الحكومة

Q39 – تقديم مستندات التعقيب في المادة الجزائية يتم في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ :
A – صدور الحكم المطعون فيه
B – تقديم مطلب التعقيب
C – تسلم نسخة الحكم الاستئنافي المطعون فيه

Q40 – تسليم المجرمين المطلوبين من دولة أجنبية يتم :
A – بقرار من دائرة الاتهام بتونس
B – بقرار من الحكومة
C – بأمر من رئيس الجمهورية

Q41 – رفع قضايا تجاوز السلطة :

A – يكون وجوبا من قبل محام لدى التعقيب

B – يكون من قبل أي محام

C – لا يستوجب إنابة محام

Q42 – عريضة دعوى تجاوز السلطة تكون في :

A – نسخة واحدة

B – نسختين

C – عديد النسخ حسب عدد الأطراف

Q43 – أجل الاستئناف في المادة الادارية :

A – عشرون يوما من تاريخ صدور المقرر

B – شهر من تاريخ الإعلام بالمقرّر

C – شهران من تاريخ صدور المقرّر

Q44 – قرارات مكتب الاعانة العدلية بالمحكمة الادارية :

A – قابلة للطعن بتجاوز السلطة

B – قابلة للطعن بالاستئناف

C – غير قابلة للطعن

Q45 – قرار رفض مطلب الترسيم الصادر عن الهيئة الوطنية للمحامين قابل للطعن لدى:

A – المحكمة الادارية

B – محكمة الاستئناف

C – المحكمة الابتدائية

Q46 – الاعتراض على قرار التوظيف الاجباري من اختصاص:

A – المحكمة الادارية

B – المحكمة الابتدائية

C – محكمة الناحية

Q47 – استئناف الحكم الصادر في مادة التوظيف الاجباري يكون أمام:

A – الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الادارية

B – الدائرة الجبائية محكمة الاستئناف

C – الدائرة الجبائية بالمحكمة الابتدائية

Q48 – عقود نقل ملكية العقار تسجل وجوبا في أجل:

A – ستين يوما

B – ثلاثين يوما

C – عشرة أيام

49- إذا تم الادلاء بعقد غير مسجل لدى القاضي يمكنه

A – رفض الدعوى

B – إيداع القضية بكتابة المحكمة

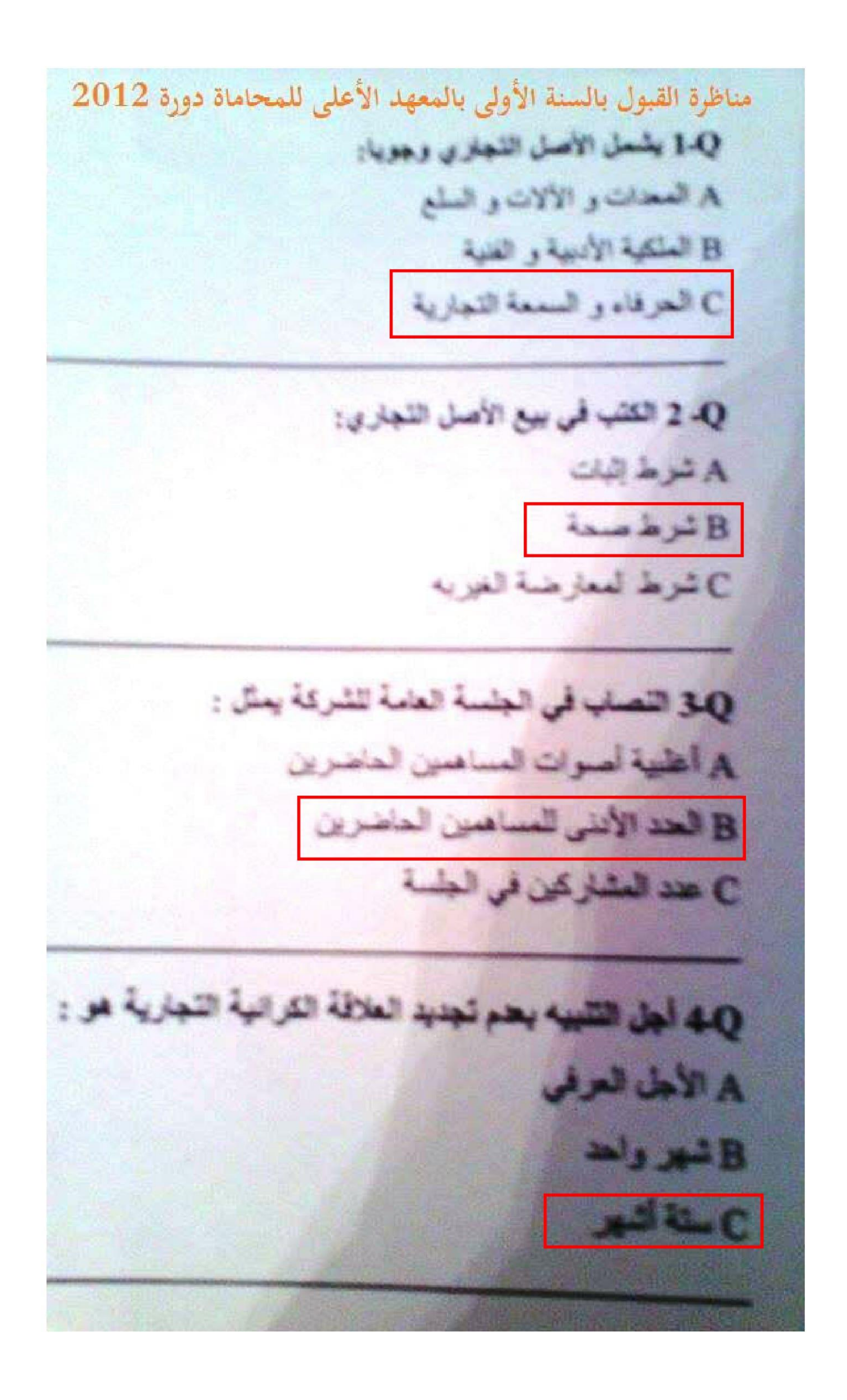
C – مواصلة النظر في الدعوى

Q50 – ضبط طابع المحاماة يكون بـ:

A – قرار من وزير العدل

B – قرار من مجلس الهيئة الوطنية للمحامين

C – أمر من رئيس الحكومة



مناظرة القبول بالسنة الأولى بالمعهد الأعلى للمحاماة دورة 2012

Q-1 يشمل الأصل التجاري وجوبا:

A المعدات و الآلات و السلع

B الملكية الأدبية و الفنية

C الحرفاء و السمعة التجارية

Q-2 الكتب في بيع الأصل التجاري:

A شرط إثبات

B شرط صحة

C شرط لمعارضة الغير

Q-3 النصاب في الجلسة العامة للشركة يمثل :

A أغلبية أصوات المساهمين الحاضرين

B الحد الأدنى للمساهمين الحاضرين

C عدد المشاركين في الجلسة

Q-4 أجل التنبيه بعدم تجديد العلاقة الكرائية التجارية هو :

A الأجل العرفي

B شهر واحد

C ستة أشهر

Q-5 الشخص الواحد :

A لا يجوز له أن يؤسس شركة

B يجوز له أن يؤسس شركة أشخاص

C لا يجوز له أن يؤسس إلا شركة ذات مسؤولية محدودة

Q-6 تهدف إجراءات إنقاذ المؤسسات إلى :

A مواصلة نشاط الشركة

B حماية الدائنين

C حماية الغير

Q- 7 لا يمكن أن يتجاوز عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

A ثلاثين شريكا

B أربعين شريكا

C خمسين شريكا

Q-8 يجب إيداع مشروع العقد التأسيسي لدى كتابة المحكمة الابتدائية :

A بالنسبة لشركة المساهمة العامة

B بالنسبة لشركة المساهمة الخصوصية

C بالنسبة لشركة المساهمة العامة و بالنسبة لشركة المساهمة الخصوصية

Q- 9 المؤسسات البنكية يجب ان تأخذ شكل :

A شركة خفية الإسم

B شركة أسهم

C شركة ذات مسؤولية محدودة

Q-10 يعلم مراقب الحسابات بالجرائم التي يكتشفها أثناء مباشرته لمهامه :

A مجلس هيئة الخبراء المحاسبين

B النيابة العمومية

C رئيس المحكمة الإدارية

Q - 11العقوبات المالية:

A تضم وجوبا لبعضها البعض في الجنح

B لا تضمّ لبعضها البعض

C تضم لبعضها البعض في المخالفات

Q-12 يكون حتما تحت قيد الحجر كل محكوم عليه من اجل:

A جناية بالسجن لمدة تتجاوز عشرة اعوام

B جناية لمدة تتجاوز خمسة عشر سنة

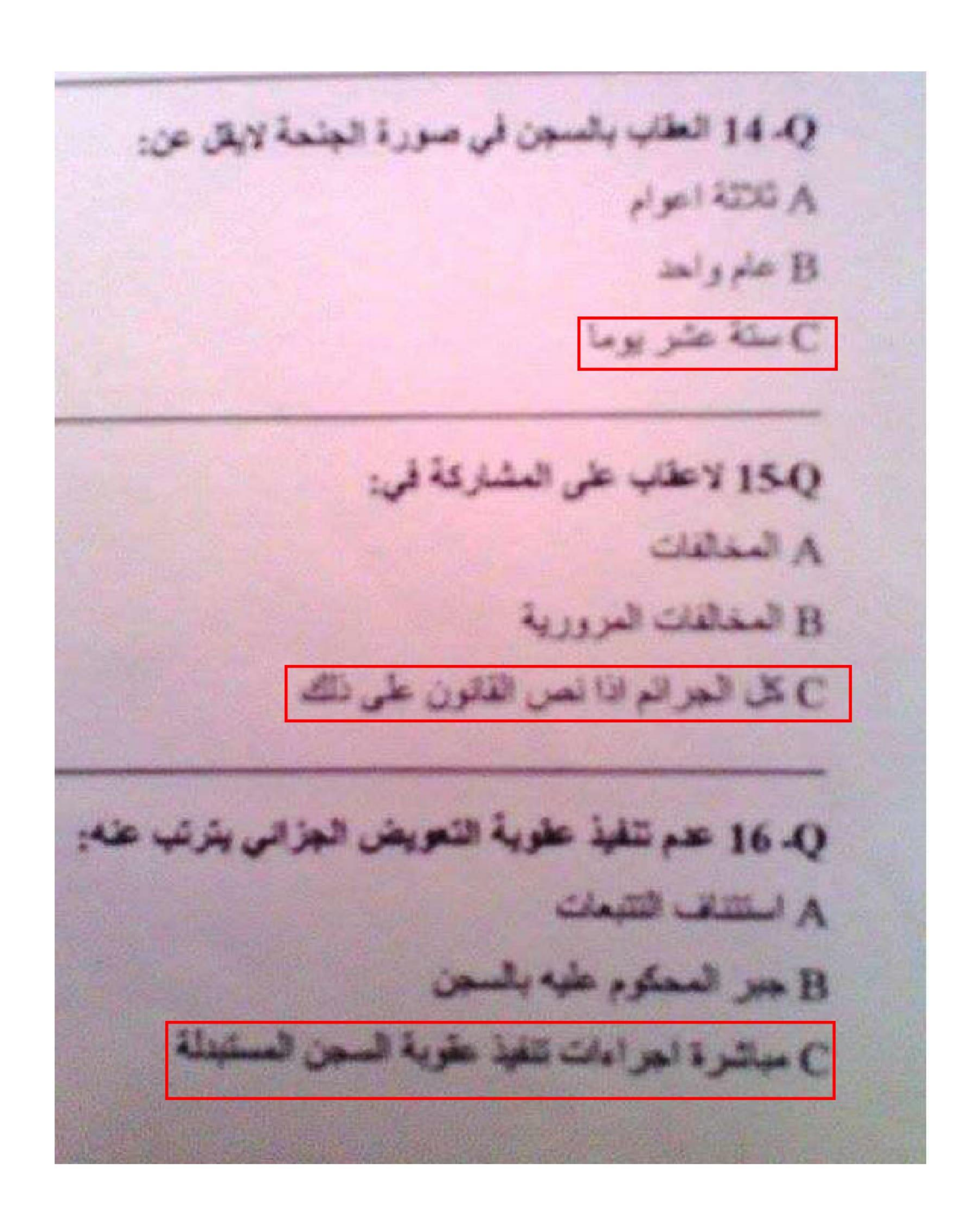
C جنحة او جناية اذا كان المتهم عائدا

Q- 13 من العقوبات الاصلية:

A التعويض الجزائي

B الحجز الخاص

C الحرمان من حمل السلاح والاوسمة الشرفية



Q 14- العقاب بالسجن في صورة الجنحة لايقل عن:

A ثلاثة اعوام

B عام واحد

C ستة عشر يوما

Q15- لاعقاب على المشاركة في:

A المخالفات

B المخالفات المرورية

C كل الجرائم اذا نص القانون على ذلك

Q 16- عدم تنفيذ عقوبة التعويض الجزائي يترتب عنه:

A استئناف التتبعات

B جبر المحكوم عليه بالسجن

C مباشرة اجراءات تنفيذ عقوبة السجن المستبدلة

Q- 17 لايتجاوز مبلغ التعويض الجزائي:

A مبلغ خمسة آلاف دينار وان تعدد المتضررون

B مبلغ الف دينار بالنسبة لكل متضرر

C مبلغ خمسة آلاف دينار لكل متضرر اذا تعددوا

18-Q تطبيق العود:

A يمنع اعتماد ظروف التخفيف

B لايمنع اعتماد ظروف التخفيف

C يمنع ظروف التخفيف في الجنايات فقط

19-Q لايعتبر في تقدير العود:

A العقوبات من اجل مخالفات

B العقوبات من اجل جنح

C العقوبات من اجل جرائم قصدية

20-Q يطبق النص الجزائي بصفة رجعية:

A اذا كان ارفق بالمتهم

B اذا رات المحكمة موجبا لذلك

C اذا تضمن عقوبة اشد

Q-21 أجل الطعن:

A من المبطلات الوجوبية

B من المسقطات

C أجل تقادم

Q-22 دعوى كف الشغب في الانتفاع بعقار مسجل من اختصا

A محكمة الناحية

B المحكمة الابتدائية

C المحكمة العقارية

Q-23 توقيف تنفيذ حكم استعجالي مستأنف من اختصاص:

A رئيس المحكمة الاستئنافية المتعهدة

B القاضي الذي أصدر الحكم

C النيابة العمومية

Q-24 الدعوى المعارضة يرفعها:

A المعترض

B المتداخل

C المدعى عليه

Q- 25 دعاوى النفقة المرفوعة بصفة أصلية من اختصاص:

A قاضي الأسرة

B محكمة الناحية

C المحكمة الابتدائية

Q-26 تسقط الدعوى العامة الناجمة عن الجنحة بمرور:

A سنتين من تاريخ ارتكابها

B ثلاث سنوات من تاريخ ارتكابها

C ثلاث سنوات من تاريخ اكتشافها

Q-27 فتح التحقيق في الجنايات:

A وجوبي

B اختياري

C وجوبي في الجنايات غير المتلبس بها

Q- 28 الأحكام الابتدائية الحضورية بالاعتبار:

A قابلة للاعتراض

B قابلة للاستئناف

C غير قابلة للاستئناف

Q-29 مطالب التسليم من اختصاص:

A دائرة الاتهام بمحكمة الاستئناف بتونس

B المحكمة التي تم بدائرتها ايقاف الشخص المطلوب تسليمه

C وكيل الجمهورية لمكان الايقاف

Q-30 تسخير محام للدفاع عن المتهم وجوبي في:

A الجرائم المتلبس بها

B الجنايات

C الجنح

Q-31 القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف في مادة الترسيم بجدول المحامين:

A قابلة للطعن بالتعقيب امام المحكمة الادارية

B غير قابلة للطعن بالتعقيب

C قابلة للطعن بالتعقيب امام محكمة التعقيب

Q- 32الاحكام الادارية الغيابية:

A قابلة لاعتراض من صدر الحكم غيابيا في حقه

B قابلة لاعتراض الغير فقط

C غير قابلة للاعتراض

Q 33- نظر تنازع الاختصاص بين القضاء العدلي والقضاء الاداري من اختصاص :

A الجلسة العامة بالمحكمة الادارية

B الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب

C مجلس تنازع الاختصاص

Q34 نزاعات الانتزاع للمصلحة العامة من اختصاص:

A القضاء العدلي ابتدائيا فقط

B القضاء الاداري استئنافيا فقط

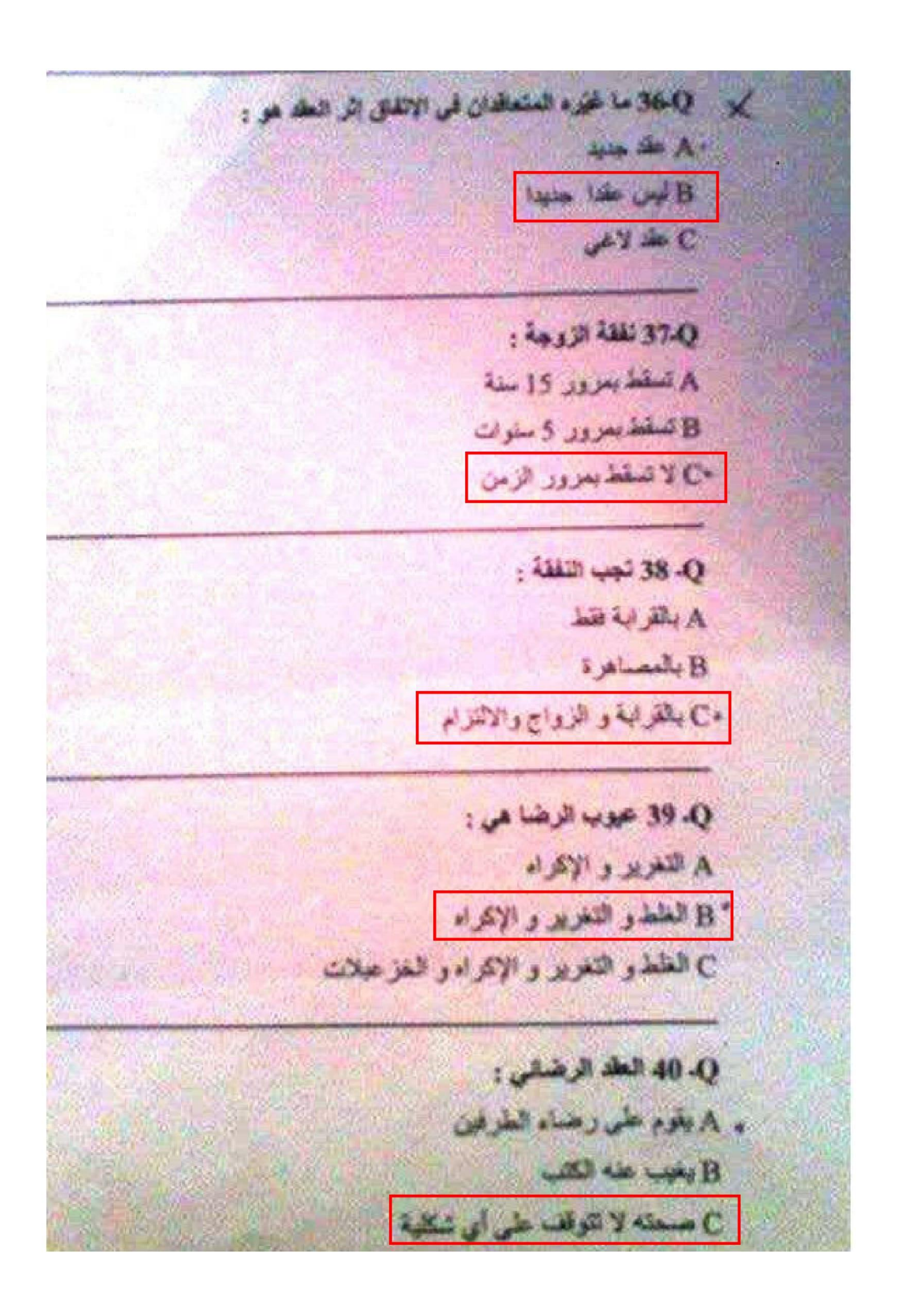
C القضاء العدلي في كل الاطوار

Q 35- الاوامر ذات الصبغة الترتيبية:

A لا تقبل الطعن بالالغاء

B تقبل الطعن بالالغاء

C تقبل طلب المراجعة



Q-36 ما غيره المتعاقدان في الاتفاق إثر العقد هو :

A عقد جديد

B ليس عقدا جديدا

C عقد لاغي

Q-37 نفقة الزوجة :

A تسقط بمرور 15 سنة

B تسقط بمرور 5 سنوات

C لا تسقط بمرور الزمن

Q- 38 تجب النفقة :

A بالقرابة فقط

B بالمصاهرة

C بالقرابة و الزواج والالتزام

Q- 39 عيوب الرضا هي :

A التغرير و الإكراه

B الغلط و التغرير و الإكراه

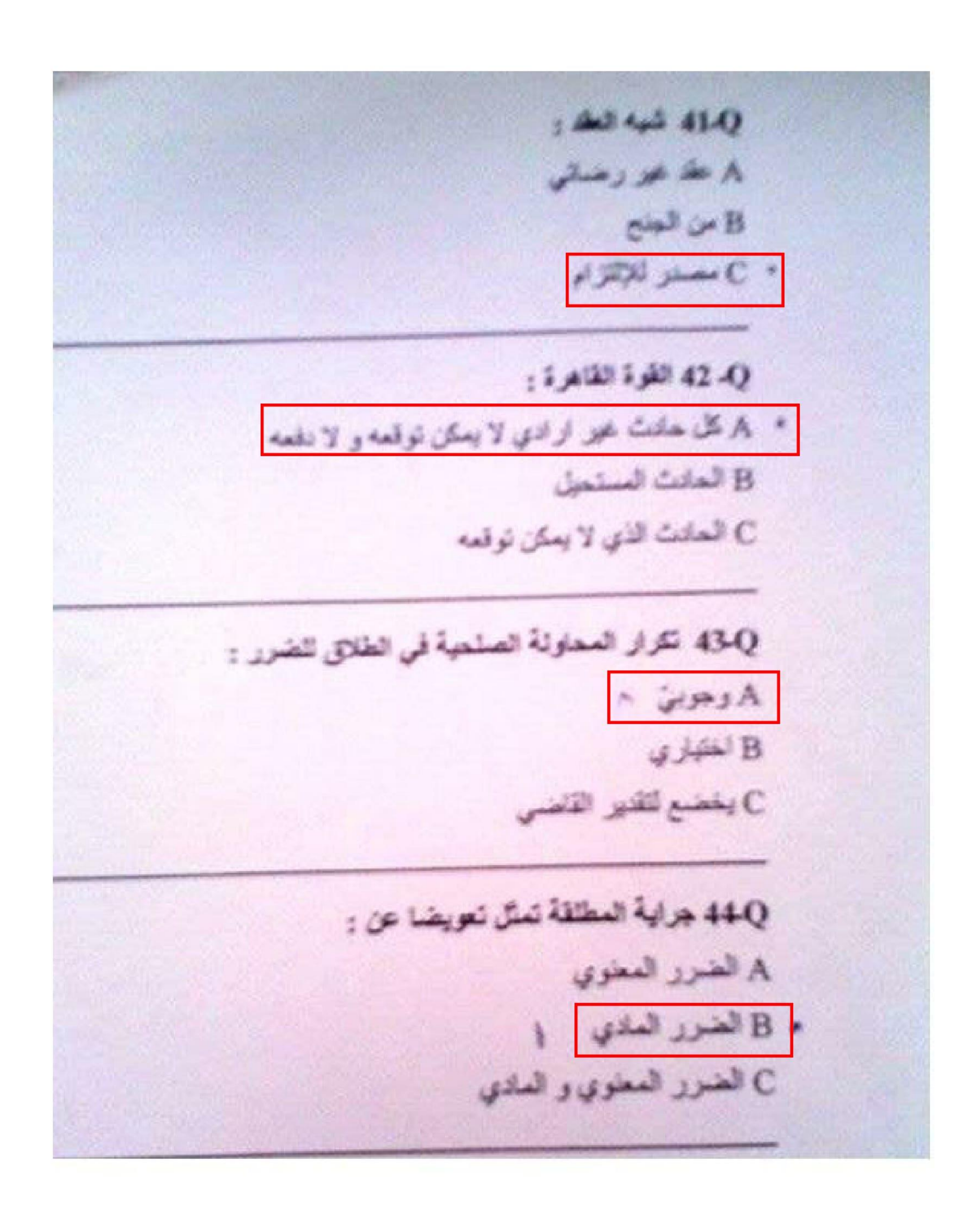
C الغلط و التغرير و الإكراه و الخزعبلات

Q- 40 العقد الرضائي :

A يقوم على رضاء الطرفين

B يغيب عنه الكتب

C صحته لا تتوقف على أي شكلية



41-Q شبه العقد :

A عقد غير رضائي

B من الجنح

C مصدر للالتزام *

42-Q القوة القاهرة :

A كل حادث غير ارادي لا يمكن توقعه و لا دفعه *

B الحادث المستحيل

C الحادث الذي لا يمكن توقعه

43-Q تكرار المحاولة الصلحية في الطلاق للضرر :

A وجوبي

B اختياري

C يخضع لتقدير القاضي

44-Q جراية المطلقة تمثل تعويضا عن :

A الضرر المعنوي

B الضرر المادي *

C الضرر المعنوي و المادي

Q- 45 الترشيد القضائي يكون بداية من سن :

A 13 سنة

B 15 سنة

C 18 سنة

Q-46 يوجه المطلب الكتابي في استرجاع الاداء الزائد من قبل المطالب بالاداء الى

A قابض المالية الذي استخلص الاداء .

B وزير المالية.

C رئيس المركز الجهوي لمراقبة الاداءات لمكان التوظيف.

Q-47 الاعتراض على قرار التوظيف الاجباري من اختصاص :

A الدائرة المدنية بالمحكمة الابتدائية.

B المحكمة الادارية.

C الدائرة الجبائية بالمحكمة الابتدائية

Q-48 في حالة الوفاة يتعين على الورثة ان يودعوا التصريح بالتركة :

A خلال الستة اشهر الجارية ابتداء من تاريخ الوفاة .

B في ظرف ثلاثة اشهر من تاريخ الوفاة .

C في اجل انقضاء عام من تاريخ الوفاة.

49 - الإحتفاظ بالدفاتر التجارية أو غيرها من الوثائق المحاسبية للاستظهار بها لمصالح الجباية عند طلبها

- يجب أن يكون لمدة عشر سنوات
- يجب أن يكون لمدة خمس سنوات
- يجب أن يكون لمدة ثلاث سنوات

50 - أجل الطعن بالاعتراض على قرار التوظيف الاجباري

- شهر من تاريخ الاعلام به
- ستون يوما من تاريخ إصداره
- ستون يوما من تاريخ الاعلام به

مناظرة القبول بالسنة الأولى بالمعهد الأعلى للمحاماة - دورة 2015

Q-1 يباع الأصل التجاري بيعا جبريا :

A في إطار عقلة توقيفية

B بحكم من المحكمة الإبتدائية يحدد الثمن الإفتتاحي و يعين مأمور البيع ✔

C بحكم استعجالي صادر عن رئيس الدائرة التجارية

Q-2: رهن الأصل التجاري

A رهن حيازي

B رهن منقول غير حيازي ✔

C رهن عقاري غير حيازي

Q-3 تغيير بنود القانون الاساسي للشركة :

A من اختصاص الجلسة العامة التأسيسية

B من اختصاص الجلسة العامة الخارقة للعادة ✔

C من اختصاص الجلسة العامة العادية

Q-4 عدم خلاص معينات الكراء الحالة في اجل الثلاثة اشهر من التنبيه التجاري بالخلاص :

A ينتج عنه فسخ الكراء واستحقاق غرامة الحرمان

B الانفساخ الألي للكراء بحكم القانون وعدم استحقاق غرامة الحرمان ✔

C استحقاق غرامة حرمان جزافية حددها القانون

Q- 5 الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

A تتخذ طبيعتها التجارية من موضوع نشاطها

B تكتسب الطبيعة التجارية بموجب شكلها ✔

C تكتسب طبيعة المؤسسة التجارية

Q- 6 : التوقف عن الدفع هو:

A مرور المؤسسة بضائقة مالية

B هي حالة اعسار المدين التاجر

C عدم كفاية المال القابل للتصرف لتغطية الديون الحالة للمؤسسة ✔

Q- 7 الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تتجاوز50شريكا :

A تحوّل الى شركة مقارضة بالاسهم

B تحوّل الى شركة خفية الاسم ✔

C تنحل بحكم القانون وتصفى

Q-8 اكتساب الشركة التجارية للشخصية القانونية يتم:

A بترسيمها في السجل التجاري

B بانعقاد الجلسة التأسيسية

C بداية من التصريح بنشاطها لدى ادارة الجباية

Q-9 مراقب الحسابات :

A يقوم بالتدقيق والتصديق على حسابات الشركة

B يساعد مجلس الادارة في ادارة الشركة

C يمثل المساهمين اصحاب الاقلية في راسمال الشركة

Q-10 المدير العام للشركة الخفية الاسم :

A له صفة التاجر بحكم القانون

B يكتسب صفة التاجر اذا كان مساهما في الشركة بالمال

C لا يمكن ان يكتسب صفة التاجر مطلقا

Q-11 القضاء الاداري:

A يعتمد نظام التقاضي على درجتين

B يكرس حق الاستئناف في القضاء الكامل فقط

C يكرس حق الاستئناف في قضاء الالغاء فقط

Q- 12 الاجل الاقصى لاعتراض الغير على الاحكام الادارية:

A شهران من العلم بها

B سنة من الاعلام بها

C ثلاث سنوات من التصريح بالحكم

Q-13 : قرارات مجلس تنازع الاختصاص :

A ملزمة لكل السلط

B واجبة الاتباع من سائر المحاكم

C لها حجية نسبية

Q-14 نزاعات العقود الادارية من اختصاص:

A القضاء العدلي ابتدائيا فقط

B القضاء الاداري استئنافيا فقط

C القضاء الاداري في كل اطوار التقاضي

Q- 15 المطلب المسبق يقدم الى:

A الجهة التي أصدرت القرار الاداري المطعون فيه

B الى السلطة الرئاسية

C الى الجهة التي اصدرت القرار او الى السلطة الرئاسية

Q- 16 رجعية النص الجزائي الارفق بالمتهم:

A استثناء يكرسه دستور 2014 ✓

B استثناء تكرسه المجلة الجزائية فقط

C استثناء تكرسه مجلة الاجراءات الجزائية

Q-17 الاعمال التحضيرية للجريمة:

A لا يعاقب عليها القانون الجزائي مطلقا

B يعاقب عليها القانون الجزائي في بعض جرائم امن الدولة والجرائم الارهابية ✓

C يعاقب عليها في اطار جريمة المحاولة

Q-18 "المخالفات" الديوانية:

A هي من صنف واحد

B هي جنح

C هي تجمع بين صنفي الجنح والمخالفات على معنى الفصل122م اج ✓

Q- 19 سرقة الاجير مال مؤجره:

A سرقة مجردة

B سرقة موصوفة ✓

C شبه جنحة

Q-20: الحصانة

A تعفي من التتبع الجزائي ✓

B تعفي من العقاب فقط

C ظرف تخفيف

Q- 21 : قضاء الطفل

A يجمع بين سلط البحث والحكم والتنفيذ ✓

B ليس له صلاحيات تنفيذ

C له سلطة رقابة ومحاكمة فقط

Q- 22 التعويض الجزائي:

A يحكم به لفائدة الخزينة العامة

B يحكم به كعقوبة اصلية لفائدة المتضرر من الجريمة ✓

C يحكم به كعقاب تكميلي

Q-23 يعفى من المؤاخذة لاجل جريمة المحاولة :

A العدول الاضطراري

B العدول الاختياري ✔

C العدول قبل الشروع في التنفيذ

Q- 24 يشمل مبدأ الشرعية:

A الجرائم والعقوبات ✔

B يشمل الجرائم والعقوبات وظروف التخفيف

C يشمل الجرائم والعقوبات وظروف التخفيف وظروف التشديد

Q- 25: الحق في المحاكمة العادلة

A حق كرسه دستور2014 ✔

B حق تكفله المواثيق الدولية فقط

C حق كرسته مجلة الاجراءات الجزائية

Q-26 التقاضي على درجتين:

A مبدأ كرسه دستور2014 ✔

B مبدأ كرسته مجلة الاجراءات المدنية فقط

C مبدأ كرسته مجلة المرافعات المدنية ومجلة الاجراءات الجزائية

Q- 27 دعوى التعويض لمن تضرر من تسجيل او تحيين من اختصاص:

A المحكمة العقارية

B المحكمة الابتدائية ✔

C دائرة التحيين

Q-28 يمكن الاذن استعجاليا بالنفاذ المعجل للحكم الابتدائي المستانف في حالة السهو

A من قبل رئيس المحكمة الاستئنافية المتعهدة ✔

B من قبل القاضي الاستعجالي

C من قبل الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف فقط

Q-29 : المصاريف القانونية

A تحمل دائما ووجوبا على المحكوم عليه

B تحمل وجوبا على المدعي وله الرجوع بها على المحكوم عليه

C يمكن للمحكمة توزيعها بين الطرفين ✔

Q- 30 الدعاوى المتعلقة بالجنسية من اختصاص:

A محكمة الناحية

B المحكمة المتعهدة بالنزاع

C المحكمة الإبتدائية إختصاصا إقصائيا ✔

Q-31 التتبع في الجرائم الصرفية من إختصاص :

A وزارة المالية ✔

B إدارة الديوانة

C النيابة العمومية

Q-32 فتح التحقيق على المسؤولية الشخصية:

A يجعل القائم بالحق الشخصي طرفا اصليا في الدعوى العامة ✔

B يجعل القائم بالحق الشخصي طرفا منضما

C تبقى النيابة الطرف الوحيد في الدعوى العامة

Q-33 يبدا سريان اجل الطعن في الحكم المعتبر حضوريا:

A من تاريخ التصريح به

B من تاريخ الاعلام به ✔

C من تاريخ نهاية اجل الاعتراض عليه

Q-34 قرار دائرة الاتهام بتسليم المتهم:

A يقيد السلطة التنفيذية المختصة

B لا يقيد السلطة التنفيذية المختصة ✔

C يمكن لرئيس الجمهورية طلب ايقاف تنفيذه قضائيا

Q- 35 الحق في المحامي:

A لا يكرسه القانون التونسي

B كرسه دستور 2014 ✔

C كرسه فقه القضاء الجزائي

Q-36 ترجع سلطة التتبع في المادة الجبائية :

A لوزارة المالية ✔

B لوزارة التجارة

C لمندوب الدولة

Q-37 الاداء على القيمة المضافة :

A اداء مباشر

B اداء غير مباشر ✔

C معلوم قار.

Q38- مأمورو المصالح المالية :

A مأمورو تبليغ و تنفيذ في المادة الجبائية ✓

B أعوان مراقبة جبائية

C موظفون عاديون

Q39- تجري المراجعة الجبائية المعمقة ميدانيا :

A بمقر المؤسسة ✓

B بمكاتب مصالح الجباية

C بالمكان الذي تختاره مصالح الجباية

Q- 40 مراقبة صحة الاعلام بقرار التوظيف الاجباري :

A من اختصاص المحكمة المتعهدة بالطعن وفي اطار الطعن ✓

B من اختصاص الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية

C من اختصاص المحكمة الادارية

Q- 41 : التصرف القانوني

A عمل قانوني

B عمل قانوني ارادي النشأة ✓

C واقعة ارادية

Q-42 الوقائع القانونية:

A يضبط القانون نظامها وآثارها ✓

B يتفق الاطراف على انشائها وعلى آثارها

C تخضع الى عرف المكان

Q- 43 دفع الاخ نفقة لاخيه طوعا:

A واجب قانوني

B واجب اخلاقي

C التزام طبيعي ✓

Q- 44 التهديد بالمرافعة لدى المحاكم :

A من خزعبلات ومخاتلات التغرير

B صورة للاكراه المعنوي ✓

C شبه جنحة مدنية

Q- 45 الغلط المانع :

A يعيب الرضا

B بعدم الرضا ✓

C يتسامح فيه بين المتعاقدين

Q- 46 التصرف الفضولي :

A هو شبه عقد ✓

B هو وكالة مستترة

C هو عمل تقصيري

Q- 47 يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة :

A اذا كان غير قصدي

B اذا كان ناتجا عن فعل الغير

C اذا اثبت المدين انه استعمل كل الحزم في درئه ✓

Q- 48 الحق في زيارة المحضون :

A لا يتمتع به الجد والجدة

B هو حق مطلق لهما

C يمارسه الجد والجدة بشروط ✓

Q-49 اليمين الحاسمة :

A توجيها المحكمة على المدعي

B يوجهها المدعي على المدعى عليه حسما للنزاع ✓

C يوجهها القائم بالدعوى المعارضة

Q- 50: التفويت بدون مقابل في مال القاصر

A صحيح اذا اجازه وليه

B صحيح اذا اجازه القاضي

C باطل ولو كان باذن القاضي ✓

الجمهورية التونسية وزارة العدل وزارة التعليم العالي و البحث العلمي المعهد الأعلى للمحاماة	مناظرة القبول بالسنة الاولى بالمعهد الأعلى للمحاماة 2017-2016 اختبار في الأسئلة متعددة الاختيارات المدة : ساعة ونصف	الصق هنا اللاصقة الحاملة للاسم و اللقب

ISPA 1 C-

ملاحظات :

1) يتضمن الاختبار:
- ورقتين كبيرتي الحجم A3 خاصتين بالأسئلة مرقمتان من 1 إلى 50 .
- ورقة واحدة A 4 خاصة بالإجابة .

2) يجب التأكد من التطابق بين :

- أوراق الأسئلة ISPA - A و ورقة الإجابة ISPA - A.
- أوراق الأسئلة ISPA - B و ورقة الإجابة ISPA - B .
- أوراق الأسئلة ISPA - C و ورقة الإجابة ISPA - C .

3) يحتوى الاختبار على 50 سؤالا .

4) كل سؤال يحتمل <u>**إجابة واحدة**</u> لا غير .

تعليمات:

1) تثبت اللاصقة الحاوية للرمز Code à Barre في المكان المخصص لها على ورقة الإجابة **(في وسط الركن الأيمن) .**
2) تثبت اللاصقة الحاملة للاسم و اللقب في المكان المخصص لها بالصفحة الأولى **(في وسط الركن الأيسر).**
3) لا تسلم إلا ورقة إجابة واحدة لكل مترشح و <u>**يستحسن الإجابة على ورقة الأسئلة قبل نقل العلامات على ورقة الإجابة.**</u>
4) توضع علامة (X) في المربع الخاص بالإجابة الصحيحة .
5) يستعمل القلم الجاف (Bic) الأسود أو الأزرق دون سواهما .
6) عدم استعمال الماحي (Blanco) و عدم التشطيب .
7) عدم طي ورقة الإجابة .
8) ترجع ورقة الإجابة و أوراق الأسئلة .

Q-1 القضاء الاداري:

A نظام مستقل

B قضاء استثنائي

C قضاء خاص بالادارة ✔

Q- 2: الحكم الاداري

A يقبل الطعن من الطرف الغائب ✔

B لايقبل الا الطعن باعتراض الغير

C لايصدر غيابيا .

Q-3 : يتعهد مجلس تنازع الاختصاص :

A بطلب مستقل من الادارة الطرف فقط

B بطلب من الادارة او باحالة من المحكمة ✔

C بطلب من المكلف العام بنزاعات الدولة فقط

Q-4نزاعات العقود الادارية:

A كتلة من كتل الاختصاص الاداري ✔

B من اختصاص المحاكم العدلية ابتدائيا

C من اختصاص القضاء الاداري اذا كانت تتعلق باشغال عمومية

Q- 5القاضي العدلي:

A موظف عمومي

B عون عمومي

C شبه موظف ✔

Q- 6 الجرائم غير القصدية:

A تغيب فيها ارادة الجاني مطلقا

B تتوفر فيها الارادة دون القصد الجنائي ✔

C يتوفر فيها القصد الجنائي العام ويغيب القصد الجنائي الخاص

Q-7المحاولة:

A جريمة تامة

B جريمة اما خائبة او معطلة ✔

C جريمة مستحيلة

Q-8 اعانة الشخص على قتل نفسه

A جريمة مستقلة ✓

B مشاركة في الجريمة

C غير معاقب عليها

Q-9 سرقة الاجير مال مؤجره:

A سرقة مجرّدة

B سرقة موصوفة ✓

C شبه جنحة

Q-10: الحصانة

A تعفي من التتبع الجزائي ✓

B تعفي من العقاب فقط

C ظرف تخفيف

Q-11 : إذا سبق الاحتفاظ بالمحكوم عليه :

A لا تطرح مدة الاحتفاظ عليه من المدة المحكوم بها.

B تطرح مدة الاحتفاظ عليه من المدة المحكوم بها إلا إذا نصّ الحكم على عدم طرحها. ✓

C طرح مدة الاحتفاظ عليه من المدة المحكوم بها في كل الحالات.

Q-12 يعاقب المشارك في جريمة :

A بالعقاب المقرر لفاعلها الأصلي.

B بالعقاب المقرر لفاعلها الأصلي في كل الحالات التي لم ينصّ القانون على خلافها. ✓

C بعقاب أخف من العقاب المقرر لفاعلها الأصلي.

Q13- يكون حتما تحت قيد الحجر كل محكوم عليه من أجل جناية :

A بالإعدام.

B بالسجن المؤبد.

C بالسجن لمدة تتجاوز 10 أعوام. ✓

Q14- تنفيذ عقوبة التعويض الجزائي يتم خلال أجل لا يتجاوز 03 أشهر من تاريخ :

A صدور الحكم الابتدائي.

B صدور الحكم الاستئنافي.

C انقضاء أجل الطعن بالإستئناف في الحكم الابتدائي أو من تاريخ صدور الحكم نهائي الدرجة. ✓

Q-15: يشترط للتصريح بعقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة أن يكون المتهم :

A حاضرا بالجلسة.

B حاضرا بالجلسة وأن لا يكون عائدا وأن يثبت للمحكمة جدوى هذه العقوبة. ✓

C حاضرا بالجلسة ويعبّر عن ندمه وأن لا يكون عائدا.

Q-23 : الاجراءات الجزائية

A اجراءات استقصائية ✔

B اجراءات ادعائية

C اجراءات تقوم على حياد القاضي الجزائي

Q-24 دائرة الاتهام :

A محكمة استقراء ✔

B محكمة استثنائية

C محكمة اصل للدرجة الثانية

Q- 25 التصدي للاصل عند الطعن بالاستئناف في المادة الجزائية:

A غير جائز

B وجوبي ✔

C اختيار

Q-26 مبدأ السنوية :

A من مبادئ القانون الاداري

B من مبادئ القانون الجبائي والميزانية ✔

C من قواعد المحاسبة

Q-27 تخضع الاداءات البلدية :

A لمجلة المحاسبة العمومية

B لمجلة التسجيل والطابع الجبائي

C لمجلة الجباية المحلية ✔

Q-28تخضع الجباية الى :

A النظام الحقيقي

B النظام التقديري

C النظام الحقيقي والنظام التقديري والنظام شبه الحقيقي ✔

Q- 29الخصم من المورد:

A خطية جبائية

B اداء مستقل

C تسبقة عن الاداء . ✔

Q-16الاجراءات المدنية:

A اجراءات كتابية ✓

B اجراءات شفوية

C اجراءات حرّة

Q- 17الخطأ في اجل الحضور لدى المحكمة:

A مبطل وجوبي لعريضة القيام بالدعوى المدنية في كل الاحوال

B مبطل اختياري يصححه حضور المستدعى او محاميه ✓

C من المسقطات

Q-18 انابة المحامي وجوبية دائما في المادة المدنية:

A عند الطعن بالتعقيب

B عند الطعن بالاستئناف وعند الطعن بالتعقيب ✓

C في كل طعن

Q-19: يمكن للقاصر المميز

A القيام بكل القضايا التي تحمي مصالحه الشخصية

B القيام بالقضايا الاستعجالية اذا كان هناك خطر ملمّ ✓

C لايصح منه القيام مطلقا

Q- 20 الاختصاص الترابي بنظر دعاوى الاستحقاق العقاري:

A يهم النظام العام الاجرائي ✓

B لايتعلق بالنظام العام

C يخضع لتقدير المحكمة

Q-21 تفترض ملاءمة التتبع:

A عدم تتبع المظنون فيه رغم قيام اركان الجريمة ✓

B تجرّد التهمة عن الدليل

C عدم توفر اركان الجريمة

Q-22تتعهد محاكم الحكم من تلقاء نفسها:

A في جرائم الجلسة ✓

B في حالة التلبس بالجريمة

C في الجرائم الاقتصادية

Q- 30 قرار التوظيف الاجباري :

A غير قابل لاي طعن

B يقبل الطعن بالاستئناف

C قابل للاعتراض لدى الدائرة الجبائية ✔

Q- 31: الارادة الفردية مصدر:

A الواقعة القانونية

B القاعدة العرفية

C للالتزام العقدي ✔

Q-32آثار العقد يضبطها:

A الارادة التعاقدية فقط

B يضبطها عرف المكان

C تضبطها بنود العقد والقانون والعرف و الانصاف ✔

Q- 33الالتزام الطبيعي:

A ملزم في كل الاحوال

B ملزم اذا نص القانون على الزامه

C اذا تم تنفيذه اراديا ✔

Q- 34الغبن يعتبر معيبا للرضا:

A اذا نتج عن غلط

B اذا اقترن بالاكراه

C اذا نتج عن تغرير ✔

Q- 35الاكراه المادي :

A يعيب الرضا

B يعدم الرضا ✔

C يفسخ العقد

Q- 36بيع ملك الغير :

A معدوم

B باطل بطلانا مطلقا

C صحيح اذا اجازه المالك اواصبح البائع مالكا للمبيع ✔

Q- 37السبب الاجنبي :

A يعفي من المسؤولية ✓

B تقوم به المسؤولية بالتضامن

C يعفي من تبعة الخطأ الشخصي

Q- 38تمارس الام :

A مقتضيات الكفالة

B مقتضيات الحضانة فقط

C مقتضيات الحضانة والولاية ✓

Q-39يقبل الاثبات بشهادة الشهود :

A في الوقائع القانونية فقط

B في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية ✓

C في التصرفات القانونية التجارية فقط

Q- 40: تصرفات ناقص الاهلية منفردا

A باطلة في كل الاحوال

B موقوفة على اجازة من هو لنظره

C تتراوح بين الصحة والبطلان وقابلية التصحيح بحسب الاحوال ✓

Q-41الاصل التجاري:

A ليس له طبيعة مالية

B هو مال منقول ✓

C هو منقول بالتخصيص الاقتصادي

Q-42: الاوراق التجارية:

Aمصدر للالتزامات الصرفية ✓

B وسائل للاثبات بين التجار فقط

C كتائب رسمية في الاثبات

Q-43مصفي الشركة التجارية:

A هو الممثل القانوني للشركة في مرحلة التصفية ✓

B يشارك المدير العام للشركة في تصفية الشركة

C يراقب ادارة الشركة في مرحلة التصفية

Q-44التنبيه بخلاص معينات كراء المحل التجاري:

A يثبت المماطلة في خلاص معينات الكراء فقط

B ينتج عنه انفساخ عقد الكراء في صورة عدم الخلاص في اجل ثلاثة اشهر ✔

C ينتج عنه استحقاق الفائض التجاري

Q- 45شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة:

A ليس لها شخصية قانونية

B لها شخصية قانونية مستقلة ✔

C تندمج شخصيتها مع شخصية الشريك الواحد

Q- 46 : ينتج عن التوقف عن دفع التاجر لديونه:

A خضوع التاجر للاجراءات الجماعية ✔

B تتبع التاجر من اجل التسبب في الافلاس

C التشطيب على التاجر من السجل التجاري

Q- 47الشركة الفلاحية :

A لا يمكن ان تكون لها طبيعة تجارية مطلقا

B تكون لها طبيعة تجارية اذا اتخذت شكل شركة خفية الاسم ✔

C تكون لها طبيعة تجارية اذا كانت اغلبية الشركاء فيها من التجار

Q-48الدفاتر التجارية:

A من وسائل الاثبات في المادة التجارية ✔

B وسائل اثبات كاملة بين التجار

C وسائل اثبات كاملة في مادة حسابيّة الشركات فقط

Q-49اختبار التصرّف :

A وسيلة حماية للشركاء من سوء تصرّف ادارة الشركة ✔

B وسيلة تدقيق حسابات الشركة من قبل مراقب الحسابات

C وسيلة اثبات التوقف عن دفع شركة لديونها

Q-50 رئيس مجلس الادارة :

A هو الممثل القانوني في كل الشركات الخفية الاسم

B هو الممثل القانوني الى جانب المدير العام

C هو الممثل القانوني للشركة التي لا تعتمد نظام الفصل بين رئيس مجلس الادارة والمدير العام ✔

مواضيع الإختبارات ـ السنة الثانية

مناظرة القبول بالسنة الثانية بالمعهد الأعلى للمحاماة دورة 2011

Q1: الالتزام من طرف واحد:
جواب A: غير ملزم لصاحبه.
جواب B: ملزم لصاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له
جواب C: ملزم لصاحبه من وقت التصريح به.

Q2: توجد أحكام الهبة في:
جواب A: مجلة الالتزامات و العقود.
جواب B: مجلة الحقوق العينية.
جواب C: مجلة الأحوال الشخصية.

Q3: يمين الاستيفاء:
جواب A: يوجّهها الطالب على المطلوب.
جواب B: يوجّهها المطلوب على الطالب.
جواب C: يوجّهها القاضي على أحد الخصمين.

Q4: سن الرشد المدني:
جواب A: 18 سنة.
جواب B: 20 سنة.
جواب C: 21 سنة.

Q5: يُعدّ عقدا شكليا:
جواب A: عقد الرهن العقاري.
جواب B: عقد الكراء.
جواب C: عقد الشغل.

Q6: التجاوز في البناء إلى جزء يسير بأرض ملاصقة على ملك الغير:

جواب A: تنشأ عنه حالة شيوع.

جواب B: لا يمكن للباني أن يتملك الجزء اليسير مطلقا.

X جواب C: يمكن للباني أن يتملك الجزء اليسير بحكم قضائي.

Q7: يسقط القيام بغرم الخسارة الناشئة عن جنحة بمضي:

X جواب A: ثلاثة أعوام من وقت حصول الضرر.

جواب B: خمس عشرة سنة من وقت حصول العلم بالضرر.

جواب C: خمس عشرة سنة من وقت حصول الضرر.

Q8: حق الانتفاع:

جواب A: ينقضي بموت المنتفع.

جواب B: ينقضي بموت مالك الرقبة.

جواب C: لا ينقضي إذا تمّ إشهاره.

Q9: عقد الشغل ينقضي:

جواب A: بإتمام العمل المتفق عليه.

جواب B: بوفاة المؤجر.

جواب C: بإحالة المؤسسة.

Q10: أجل اكتساب ملكية العقار بالتقادم:

جواب A: ثلاث سنوات حيازة عن حسن نية.

جواب B: عشر سنوات حيازة عن سوء نية.

X جواب C: ثلاثون سنة حيازة فيما بين الشركاء.



Q11: الجرائم الواقعة لمقصد واحد و لها ارتباط ببعضها بعضنا توجب العقاب:

جواب A: لكل جريمة بانفرادها مع ضم العقوبات لبعضها.

X جواب B: بالعقوبة المنصوص عليها لأشد جريمة منها.

جواب C: لأجل كل جريمة بانفرادها دون ضم العقوبات.

Q12: يعتبر عقوبة جزائية تكميلية:

جواب A: العمل لفائدة المصلحة العامة.

جواب B: التعويض الجزائي.

X جواب C: مصادرة المكاسب في الصور التي نصّ عليها القانون.

Q13: المحاولة موجبة للعقاب:

جواب A: في جميع أنواع الجرائم.

X جواب B: في الجنايات مطلقا و الجنح إذا نصّ القانون على ذلك.

جواب C: في الجنايات فقط.

Q14: لا عقاب للسرقة الواقعة من الأصول لأمتعة أبنائهم:

X جواب A: إلا إذا كان بعض المسروق ملكا للغير.

جواب B: إلا إذا كان المسروق ذا قيمة كبيرة.

جواب C: إلا إذا صدرت شكاية عن الأبناء.

Q15: المحكوم عليه من أجل جناية واحدة بالسجن لمدّة تتجاوز عشرة أعوام:

X جواب A: يكون حتما تحت قيد الحجر.

جواب B: يمكنه أن يستمر على إدارة أعماله بواسطة وكيل يختاره.

جواب C: يمنع عليه مطلقا التفويت في مكاسبه.

3

Q16: الاعتداء بالعنف باستعمال السلاح على قاض بالجلسة يعاقب:

جواب A: بالسجن مدة عشرة أعوام.

جواب B: بالسجن بقية العمر.

جواب C: بالإعدام.

Q17: التحيل لغاية عدم بلوغ المحاضر و الاستدعاءات يعتبر:

جواب A: مخالفة.

جواب B: جنحة.

جواب C: جناية.

Q18: يعتبر سبب إباحة:

جواب A: فقدان العقل.

جواب B: الدفاع الشرعي

جواب C: صغر السن.

Q19: يعتبر إضمارا:

جواب A: العمد.

جواب B: سابقية القصد

جواب C: العداوة السابقة.

Q20: طاعة المجرم بسبب شدة تعظيمه لمن يأمره بارتكاب جريمة:

جواب A: ينجر عنه عدم المؤاخذة الجزائية.

جواب B: لا تأثير له على المؤاخذة أو العقوبة

جواب C: ينجر عنه التخفيف.

Q21: لايمكن أن يكون عضوا بمجلس إدارة شركة خفية الإسم:
جواب A: المحامي.
جواب B: المفلس.
جواب C: القاصر البالغ من العمر أكثر من خمسة عشر سنة.

Q22: يجب أن لا يقلّ رأس مال الشركة خفية الإسم عن:
جواب A: خمسة الاف دينار إذا كانت شركة مساهمة خصوصية وخمسين ألف دينار إذا كانت شركة ذات مساهمة عمومية.
جواب B: عشرة آلاف دينار إذا كانت شركة مساهمة خصوصية ومائة ألف دينار إذا كانت شركة ذات مساهمة عمومية.
جواب C: عشرين ألف دينار إذا كانت شركة مساهمة خصوصية ومائتي ألف دينار إذا كانت شركة ذات مساهمة عمومية.

Q23: شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة:
جواب A: لا تعتبر ذاتا معنوية.
جواب B: يمكن فيها تفويض صلاحيات الإدارة إلى الغير.
جواب C: الشريك الوحيد يجب أن يكون وكيل الشركة.

Q24: سقوط الدعوى الصرفية في الكمبيالة:
جواب A: بالنسبة للقابل ثلاث سنوات من حلول أجل الأداء.
جواب B: بالنسبة للمظهر عامان من تاريخ الاحتجاج.
جواب C: بالنسبة للمظهرين على بعضهم بعضا عام واحد

Q25: يقع اللجوء إلى من يقدّر قيمة الحصص العينية في الشركات التجارية:
جواب A: في جميع الأحوال.
جواب B: في صورة منازعة أحد الشركاء.
جواب C: إذا كانت قيمة الحصة العينية تتجاوز ثلاثة آلاف دينار.

Q26: إذا طلب تاجر خصمه بإحضار دفاتره لاعتمادها في النزاع و لم يحضرها بغير عذر:

جواب A: يمكن للقاضي أن يجبره على إحضارها.

جواب B: يعتمد الحاكم قول الطالب بيمينه.

جواب C: يأذن الحاكم وجوبا بإجراء اختبار.

Q27: إيجار محلات تجارية داخل الفنادق:

جواب A: يكسب المتسوّغ ملكية الأصل التجاري في المحل.

جواب B: يخوّل الاشتراك في الأصل التجاري للفندق.

جواب C: لا يخوّل ملكية الأصل التجاري بتاتا.

Q28: الحساب الجاري البنكي غير المحدد بمدّة يمكن غلقه:

جواب A: في كلّ وقت.

جواب B: لا يمكن غلقه إلا باتفاق الطرفين.

جواب C: لا يمكن غلقه إلا بإذن المحكمة.

Q29: لا تتمتع بالشخصية المعنوية:

جواب A: شركة المحاصّة.

جواب B: شركة الشخص الواحد.

جواب C: شركة المفاوضة.

Q30: العقارات و المحلات التابعة لملك الدولة الخاص:

جواب A: لايمكن تسويغها للخواص لغاية نشاط تجاري.

جواب B: لا يُكتسب فيها الأصل التجاري مهما طال أمد التسويغ.

جواب C: خاضعة لأحكام الشريعة العامة (droit commun).



Q31: حكم رفض الطعن في حكم التحكيم:

جواب A: يقوم مقام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم المطعون فيه.

جواب B: لا يقوم مقام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم المطعون فيه.

جواب C: يقوم مقام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم المطعون فيه إلا إذا نصّ الحكم على خلاف ذلك.

Q32: يقع القيام بدعوى كف الشغب الحاصل في الانتفاع بالعقار المسجل:

جواب A: أمام القاضي الاستعجالي.

جواب B: أمام قاضي الناحية.

جواب C: أمام المحكمة الابتدائية.

Q33: يقع استئناف الأحكام الصادرة عن دوائر الشغل:

جواب A: أمام محكمة الناحية.

جواب B: أمام المحكمة الابتدائية.

جواب C: أمام محكمة الاستئناف.

Q34: أجل استئناف حكم الطلاق:

جواب A: ثلاثون يوما من تاريخ صدور الحكم.

جواب B: ثلاثون يوما من تاريخ الإعلام بالحكم.

جواب C: عشرون يوما من تاريخ الإعلام بالحكم.

Q35: أجل الحضور أمام الدوائر التجارية بالمحاكم الابتدائية:

جواب A: واحد وعشرون يوما.

جواب B: ثمانية أيام.

جواب C: ثلاثة أيام.

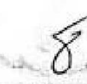
Q36: تكون إثارة الدعوى العمومية من طرف:
جواب A: النيابة العمومية دون سواها.
جواب B: النيابة العمومية و أعوان الإدارة الذين أناطها القانون بعهدتهم.
جواب C: النيابة العمومية و أعوان الإدارة المذكورين والمتضرر في الحالات التي ضبطها القانون.

Q37: لايمنح تسليم المجرمين:
جواب A: من أجل جريمة سياسية.
جواب B: من أجل جريمة استيلاء على أموال عمومية.
جواب C: من أجل جريمة مرتكبة خارج التراب التونسي.

Q38: تنظر المحاكم التونسية في الجرائم المرتكبة بالتراب التونسي:
جواب A: مهما كانت جنسية المتهم.
جواب B: بشرط أن يكون المتهم مقيما بالبلاد التونسية.
جواب C: بالنسبة للأجنبي بشرط وجود اتفاقية تعاون قضائي بين البلاد التونسية و دولته.

Q39: حق ترجيع المحجوز ممكن:
جواب A: للمتهم المحكوم ببراءته فقط.
جواب B: للمتضرر فقط.
جواب C: لكل شخص يطلبه.

Q40: يمكن لقاضي التحقيق تمديد فترة الإيقاف التحفظي في الجنايات:
جواب A: مرة واحدة لا تزيد على ستة أشهر.
جواب B: مرتين لا تزيد مدة كل واحدة على أربعة أشهر.
جواب C: مرتين لا تزيد مدة كل واحدة على ثلاثة أشهر.



Q41: التعويض عن الأضرار الناتجة عن سيارات الإدارة من اختصاص:

جواب A: المحكمة الإدارية.

جواب B: المحاكم العدلية.

جواب C: ابتدائيا المحكمة العدلية و استئنافيا و تعقيبيا لدى المحكمة الإدارية.

Q42: القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئة الوطنية للمحامين تكون من أنظار المحكمة الإدارية:

جواب A: ابتدائيا.

جواب B: استئنافيا.

جواب C: تعقيبيا.

Q43: يمكن طلب إحالة الملف على مجلس تنازع الاختصاص:

جواب A: في الطور الابتدائي فقط.

جواب B: في الطورين الابتدائي و الاستئنافي فقط.

جواب C: في كل الأطوار: الابتدائي أو الاستئنافي أو التعقيبي.

Q44: تنظر المحكمة الإدارية في النزاعات المتعلقة:

جواب A: بمسؤولية الدولة عن الاستيلاء على العقارات التي على ملك الخواص.

جواب B: بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث العربات الإدارية.

جواب C: بالانتزاع من أجل المصلحة العامة.

Q45: القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة:

جواب A: غير قابلة للطعن.

جواب B: قابلة للاستئناف أمام المحكمة العدلية.

جواب C: قابلة للاستئناف أمام المحكمة الإدارية.

9

Q46: تقادم الديون الجبائية:

جواب A: خمس سنوات.

جواب B: ثلاث سنوات.

جواب C: عشر سنوات.

Q47: يتم توظيف الآداء وجوبيا في صورة عدم إجابة المطالب بالآداء على نتائج المراجعة الجبائية:

جواب A: في أجل ستين يوما من تاريخ التبليغ.

جواب B: في أجل ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ. ✗

جواب C: في أجل عشرين يوما من تاريخ التبليغ.

Q48: استئناف الأحكام الصادرة في مادة الاعتراض على قرار التوظيف الإجباري يتم:

جواب A: أمام محاكم الاستئناف العدلية.

جواب B: أمام الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الإدارية. ✗

جواب C: أمام الجلسة العامة بالمحكمة الإدارية.

Q49: تختص بالنظر في القضايا المتعلقة بالمخالفات الجبائية:

جواب A: محكمة الناحية إذا كانت الخطية المستوجبة لا تتجاوز سبعة آلاف دينار و المحكمة الابتدائية فيما عدا ذلك.

جواب B: المحكمة العدلية الابتدائية. ✗

جواب C: الدائرة الابتدائية بالمحكمة الإدارية.

Q50: الصلح في المادة الجزائية الجبائية:

جواب A: يسقط بموجبه التتبع.

جواب B: يخفف من العقوبة.

جواب C: تسقط به الدعوى الخاصة وتبقى الدعوى العمومية.

10

مناظرة القبول بالسنة الثانية بالمعهد الأعلى للمحاماة دورة 2012

Q-1 متسوّغ الأصل التجاري :

A -يتمتّع بحق تجديد العلاقة التسويغيّة

B -يتمتّع بحق تجديد العلاقة التسويغيّة إذا مارس نشاطه مدّة سنتين بدون انقطاع

C- لايتمتّع بحق تجديد العلاقة التسويغيّة ✔

Q-2 إجراءات تقييد امتياز بيع الأصل التجاري:

A تكسب الأولويّة على تقييد آخر

B تثبت وجود الدين

C تحفظ الامتياز لمدّة خمس سنوات من تاريخها ✔

Q-3 الشركة ذات المسؤولية المحدودة تعدّ شركة تجارية :

A بحكم موضوعها

B بحكم شكلها ✔

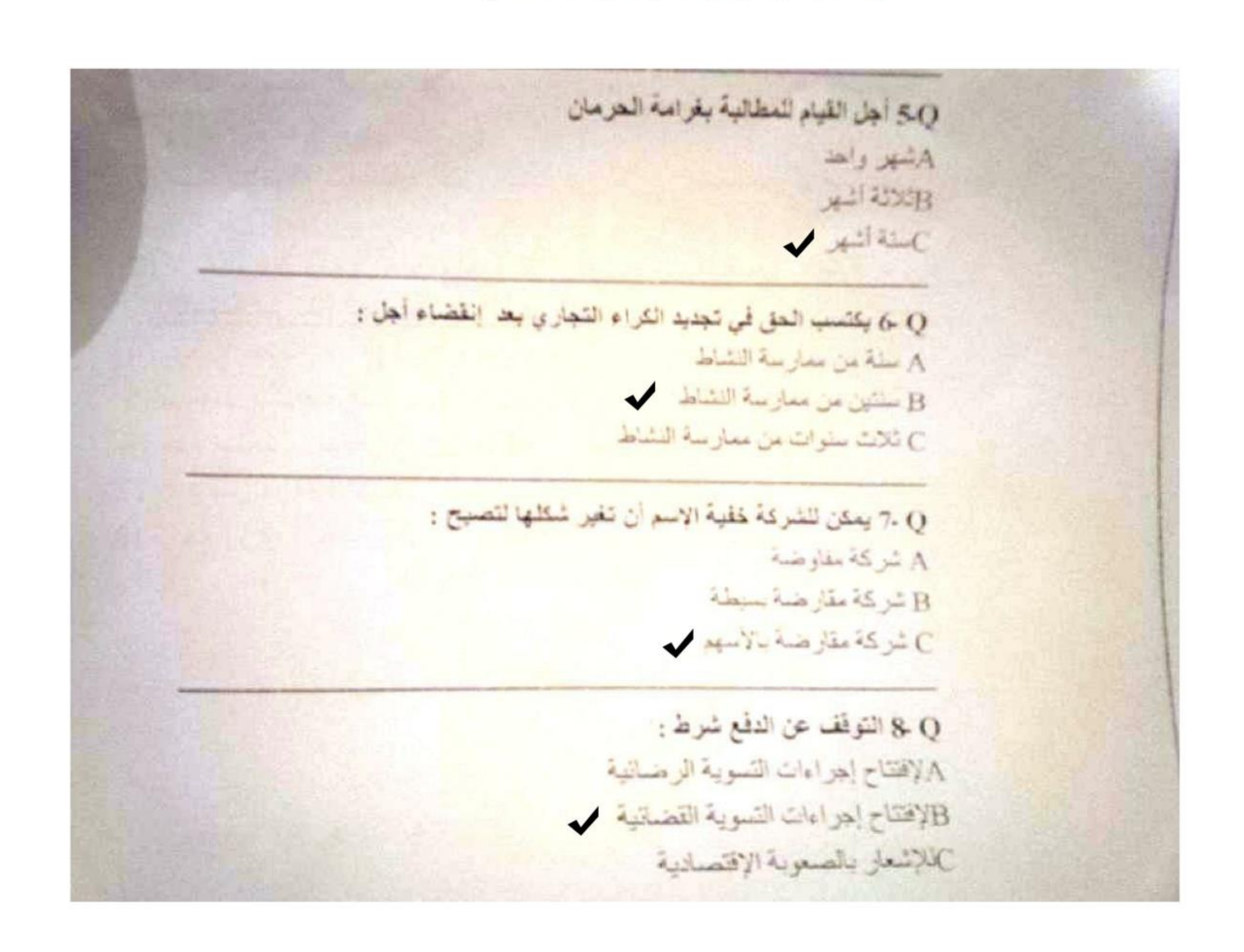
C بحكم شكلها و موضوعها

Q- 4 إذ توفي الشريك في شركة مفاوضة و ترك ورثة :

Aتنحل الشركة وجوبا

B تستمر الشركة بين الأحياء

C تستمر الشركة مع الورثة كشركة مفاوضة بسيطة ✔



Q-5 أجل القيام للمطالبة بغرامة الحرمان

Aشهر واحد

Bثلاثة أشهر

Cستة أشهر ✔

Q -6 يكتسب الحق في تجديد الكراء التجاري بعد إنقضاء أجل :

A سنة من ممارسة النشاط

B سنتين من ممارسة النشاط ✔

C ثلاث سنوات من ممارسة النشاط

Q -7 يمكن للشركة خفية الاسم أن تغير شكلها لتصبح :

A شركة مفاوضة

B شركة مقارضة بسيطة

C شركة مقارضة بالأسهم ✔

Q -8 التوقف عن الدفع شرط :

Aلإفتتاح إجراءات التسوية الرضائية

Bلإفتتاح إجراءات التسوية القضائية ✔

Cللإشعار بالصعوبة الإقتصادية

Q-9 القبول في الكمبيالة هو :

A إلتزام الساحب صرفيا

B إلتزام المسحوب عليه صرفيا ✔

C إلتزام المظهر صرفيا

Q-10 في قانون الأكرية التجارية رفض التجديد بدون مبرر يفتح باب المطالبة :

Aبمنحة أربعة سنوات كراء

Bبمنحة ثلاث سنوات كراء

Cبغرامة حرمان ✔

Q - 11 في صورة العود في جرائم المخدرات :

Aتقضي المحكمة دائما بأقصى العقاب المقرر للجريمة ✔

Bللمحكمة حسب وجدانها الخالص تسليط العقاب الذي تراه مناسبا دون ظروف التخفيف.

C على المحكمة معالجة المتهم من الإدمان عن طريق اللجنة المختصة بالمواد السمية

Q - 12 الجرائم الواقعة لمقصد واحد ولها ارتباط ببعضها بعضا:

Aتوجب العقاب المنصوص عليه لأشد جريمة منها ✔

Bتوجب العقاب لأجل كل واحدة منها

Cتضم العقوبات لبعضها البعض

Q-13 استصفاء الاشياء الواقع في جرائم المخدرات :

Aيخضع للسلطة التقديرية للمحكمة.

Bتحجز تلك الاشياء لفائدة صندوق الدولة ان لم يسدد المتهم الخطايا المحكوم بها ضده.

C تستصفى لفائدة صندوق الدولة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية. ✔

Q - 14يعاقب المشاركون في الجريمة :

Aبالعقاب المقرر لفاعليها في كل الحالات

Bبعقاب مخفف في كل الحالات

Cبالعقاب المقرر لفاعليها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ✔

Q - 15 يعدّ مشاركا الشخص الذي يعين المجرم :

Aعمدا بإخفاء المسروق بقصد إستفادته من الجريمة ✔

Bبإخفاء المسروق

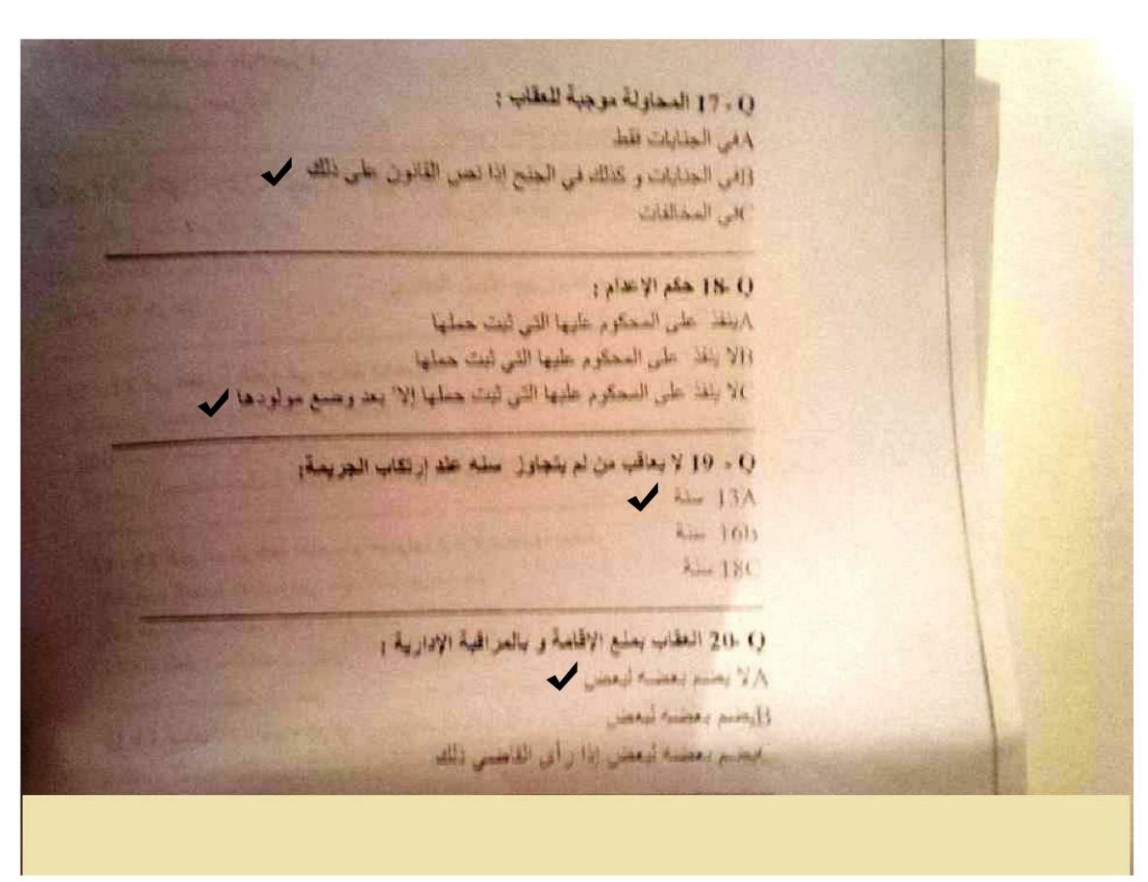
Cبإخفاء المسروق دون علمه بفساد المصدر

Q - 16 يعفى من العقاب كل من أعلم السلطة ذات النظر بالوفاق قصد الإعتداء على الأشخاص و الأملاك :

Aإذا تمّ ذلك قبل إبتداء المحاكمة ✔

Bإذا لم يصبح الحكم نهائيا

Cإذا تم ذلك قبل جلسة التصريح بالحكم



Q - 17 المحاولة موجبة للعقاب :

A في الجنايات فقط

B في الجنايات و كذلك في الجنح اذا نص القانون على ذلك ✔

C في المخالفات

Q -18 حكم الإعدام :

A ينفذ على المحكوم عليها التي ثبت حملها

B لا ينفذ على المحكوم عليها التي ثبت حملها

C لا ينفذ على المحكوم عليها التي ثبت حملها إلا بعد وضع مولودها ✔

Q - 19 لا يعاقب من لم يتجاوز سنه عند إرتكاب الجريمة:

A 13 سنة ✔

B 16 سنة

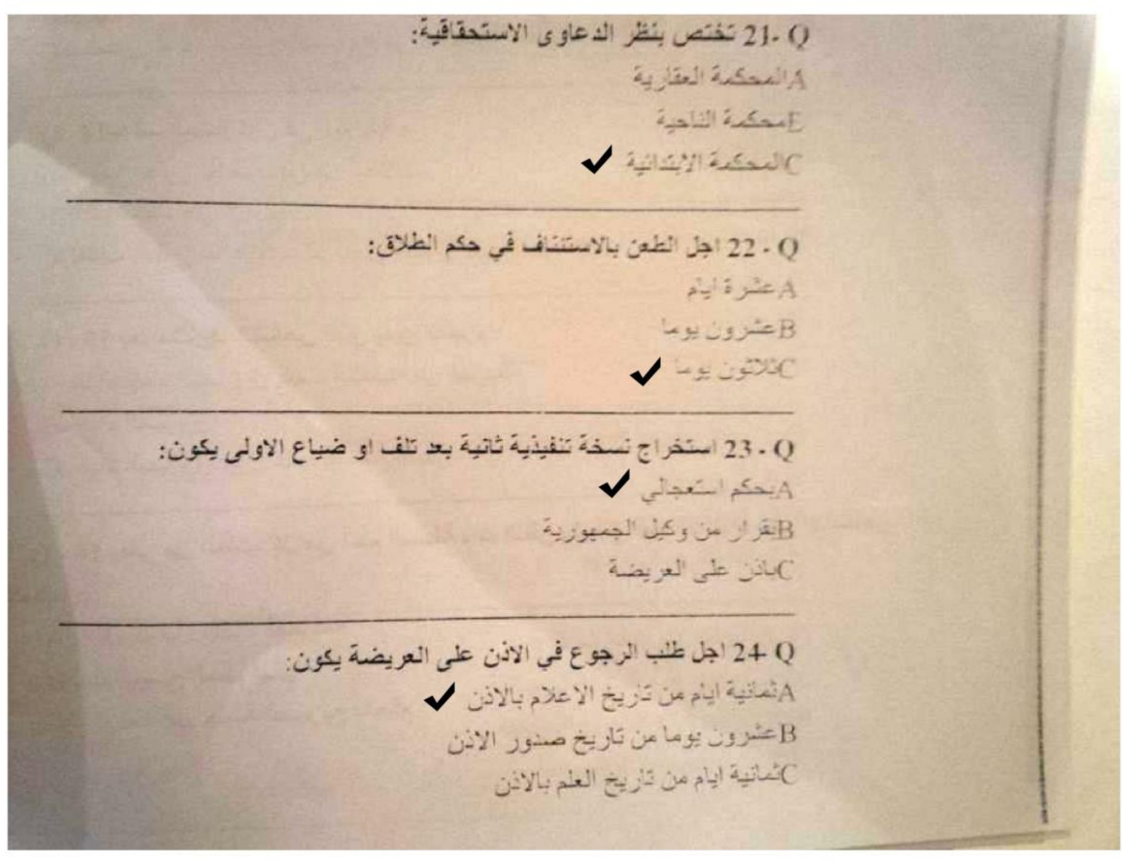
C 18 سنة

Q -20 العقاب بمنع الإقامة و بالمراقبة الإدارية :

A لا يضم بعضه لبعض ✔

B يضم بعضه لبعض

C يضم بعضه لبعض إذا رأى القاضي ذلك



Q -21 تختص بنظر الدعاوى الاستحقاقية:

A المحكمة العقارية

B محكمة الناحية

C المحكمة الإبتدائية ✔

Q - 22 اجل الطعن بالاستئناف في حكم الطلاق:

A عشرة ايام

B عشرون يوما

C ثلاثون يوما ✔

Q - 23 استخراج نسخة تنفيذية ثانية بعد تلف او ضياع الاولى يكون:

A بحكم استعجالي ✔

B بقرار من وكيل الجمهورية

C باذن على العريضة

Q -24 اجل طلب الرجوع في الاذن على العريضة يكون:

A ثمانية ايام من تاريخ الاعلام بالاذن ✔

B عشرون يوما من تاريخ صدور الاذن

C ثمانية ايام من تاريخ العلم بالاذن

Q - 25 رفع الاستئناف العرضي :

Aلا يرتبط باجل

Bفي ظرف عشرين يوما من رفع الاستئناف الاصلي

Cالى تاريخ صرف القضية للمرافعة ✔

Q - 26 يسري اجل سقوط الدعوى العامة الناتجة عن جريمة مستمرّة :

Aمن تاريخ ارتكابها

Bمن تاريخ اكتشافها

Cمن تاريخ آخر عمل مكون للجريمة ✔

Q - 27 مدة سقوط الدعوى العمومية تعلقها:

Aأعمال التحقيق

Bاعمال التتبع والتحقيق

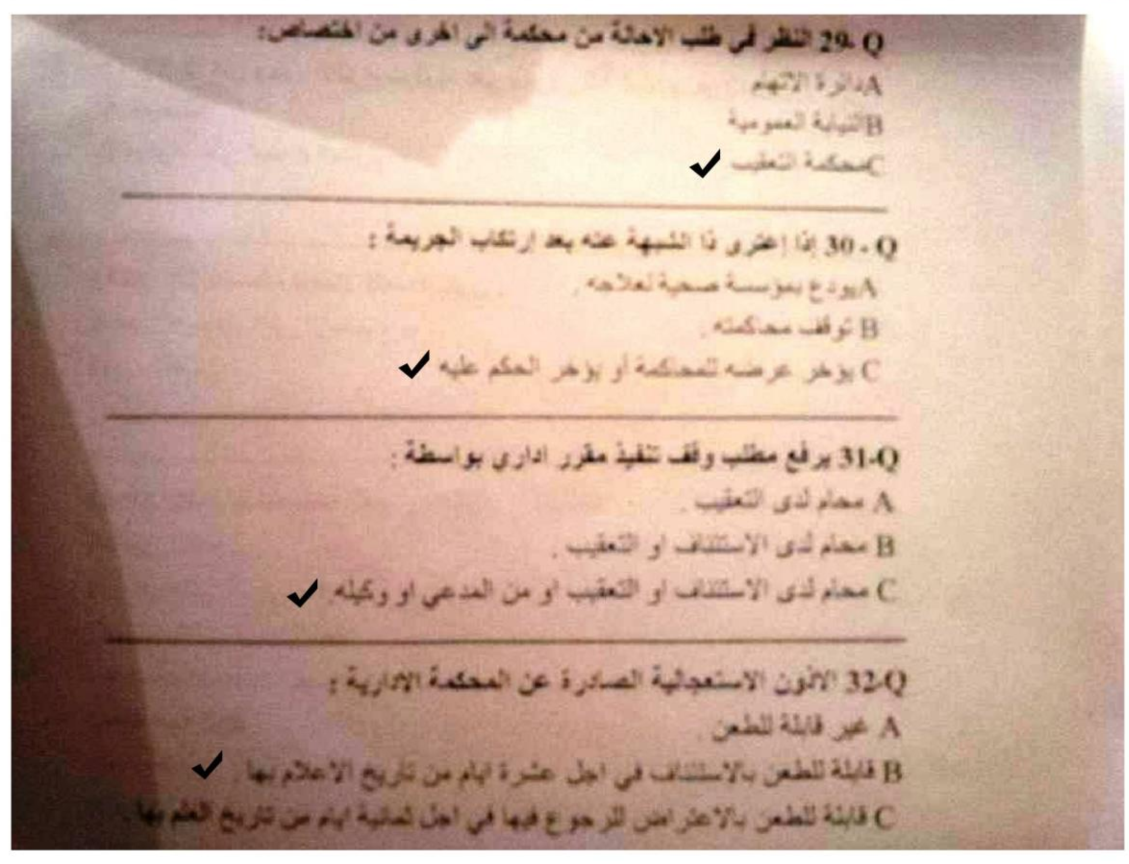
Cالموانع القانونية او المادية التي تحول دون ممارستها ✔

Q - 28 الجرائم الارهابية من اختصاص:

Aكل المحاكم الابتدائية حسب مرجع النظر الترابي

Bالمحكمة الابتدائية بتونس دون سواها ✔

Cالمحكمة العسكرية الدائمة بتونس



Q 29- النظر في طلب الاحالة من محكمة الى اخرى من اختصاص:

Aدائرة الاتهام

Bالنيابة العمومية

Cمحكمة التعقيب ✔

Q - 30 إذا إعترى ذا الشبهة عته بعد إرتكاب الجريمة :

Aيودع بمؤسسة صحية لعلاجه .

B توقف محاكمته .

C يؤخر عرضه للمحاكمة أو يؤخر الحكم عليه ✔

Q-31 يرفع مطلب وقف تنفيذ مقرر اداري بواسطة :

A محام لدى التعقيب .

B محام لدى الاستئناف او التعقيب .

C محام لدى الاستئناف او التعقيب او من المدعي او وكيله ✔

Q-32 الأذون الاستعجالية الصادرة عن المحكمة الادارية :

A غير قابلة للطعن .

B قابلة للطعن بالاستئناف في اجل عشرة ايام من تاريخ الاعلام بها . ✔

C قابلة للطعن بالاعتراض للرجوع فيها في اجل ثمانية ايام من تاريخ العلم بها .

Q-33 المطلب المسبق في دعاوى تجاوز السلطة:

A وجوبي في كل الحالات

B اختياري ✔

C وجوبي بالنسبة للقرارات الفردية

Q- 34 دعوى المعارضة امام المحكمة الادارية يرفعها المدعى عليه:

A اثناء نشر دعوى تجاوز السلطة وقبل جلسة المرافعة

B قبل احالة ملف القضية على مندوب الدولة ✔

C قبل حجز القضية للتصريح بالحكم

Q- 35 احكام المحكمة الادارية:

A غير قابلة للطعن بالتماس اعادة النظر

B قابلة للطعن بالتماس اعادة النظر ✔

C قابلة لطلب المراجعة

Q-36 الذات المعنوية :

A ليس لها أهلية التعاقد إلآ بواسطة ممثلها القانوني ✔

B لها أهلية مقيّدة

C يمكن ترشيدها

Q- 37 إذا كان وجود الإلتزام موقوفا على مجرد رضا الملتزم يكون العقد:

A صحيحا

B موقوفا على إمضاء الملتزم له ✔

C باطلا

Q-38 إثارة مسألة إتصال القضاء تكون :

Aممن له مصلحة في الإحتجاج به ✔

Bمن القاضي

Cمن طرفي النزاع فقط

Q- 39 الإشتراط لمصلحة الغير :

Aتأمين شخصي

Bيوافق الأثر النسبي للعقد

Cإستثناء للأثر النسبي للعقد ✔

Q-40 شبه العقد :

Aسبب لتعمير الذمة ✔

Bإتفاق باطل

Cعقد قابل للفسخ

41-Q تصرفات ضعيف العقل :

Aباطلة

Bباطلة بعد الحكم بالحجر عليه ✔

Cصحيحة

42-Q الهبة :

Aباتة لا رجوع فيها

Bيمكن الرجوع فيها بإرادة الواهب

Cيمكن الرجوع فيها في حالات مخصوصة ✔

Q- 43 نفقة البنت واجبة على الأب في قائم حياته:

Aبدون شرط السن

Bإلى حدود 25 سنة

Cإلى أن تصبح البنت ذات كسب أو تجب نفقتها على زوجها ✔

Q- 44 في صورة الإلتزام بدون أجل يكون إنذار المدين غير واجب

Aإذا إمتنع المدين إمتناعا صريحا ✔

Bإذا صار الوفاء ممكنا

Cإذا تعذر الإنذار

45-Q مدة عدة المطلقة :

Aشهر

Bشهران

Cثلاثة أشهر ✔

Q - 46 يتم الاعتراض على بطاقات الالزام:

A لدى المحكمة الابتدائية .

B لدى المحكمة الادارية .

C لدى محكمة الاستئناف. ✔

Q - 47 يرفع الاعتراض على بطاقات الالزام :

A بواسطة محام مرسم لدى الاستئناف او التعقيب وجوبا.

B انابة المحامي غير وجوبية. ✔

C بواسطة محام اذا تجاوز اصل الدين 25 الف دينار.

Q -48 الاجل المبدئي للمطالبة باسترجاع مبلغ الاداء الزائد هو:

A ثلاث سنوات . ✔

B ستون يوما.

Cسنة واحدة .

49 - طلب التخفيض في نتائج المراجعة الجبائية لتدارك الأخطاء المادية من قبل مصالح الجباية متى تعهدت المحكمة بالنزاع

- جائز قبل صدور حكم جبائي ✔
- غير جائز
- جائز حتى بعد صدور الحكم

50 - يعفى من الضريبة على الدخل

- أعضاء السلك الديبلوماسي و القنصلي الحاملين لجنسية أجنبية
- أعضاء السلك الديبلوماسي و القنصلي الحاملين لجنسية أجنبية شرط المعاملة بالمثل ✔
- أعضاء السلك الديبلوماسي و القنصلي ذوو الجنسية الأجنبية وموظفو منظمة الأمم المتحدة

II

Q - 1 المحاكمة العادلة الجزائية :

A حق دستوري. ✔

B ضمانة اجرائية اساسية

C تكريس قضائي لحق الدفاع .

Q -2 النظر في مال المحجوز من اختصاص :

A المحكمة المتعهدة بالمحاكمة الجزائية. ✔

B رئيس المحكمة المتعهدة

C ممثل النيابة العمومية

Q - 3 مرور الزمن:

A تنقرض به الدعوى العمومية ✔

B يعلق به تنفيذ العقوبة

C تخفض به مدة العقوبة

Q - 4 المحاكم العسكرية:

A محاكم خاصة

B محاكم استثنائية

C هي محاكم متخصصة في الجرائم العسكرية بحكم دستور2014 ✔

Q - 5 الطعن بالخطأ البين في المادة الجزائية:

A غير جائز

B جائز في حالة تجاوز السلطة

C اجازته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب ✔

Q- 6 تتميز الاجراءات القضائية الادارية :

A بطابعها الكتابي ✔

B بطابعها العلني .

C بالحياد السلبي للقاضي الاداري.

Q- 7 إيقاف تنفيذ القرارت الادارية المطعون فيها بتجاوز السلطة:

A من اختصاص القاضي الاستعجالي العدلي

B من اختصاص الرئيس الاول للمحكمة الادارية . ✔

C من اختصاص مندوب الدولة لدى المحكمة الادارية.

Q-8 يقبل اعادة النظر:

A كل حكم اداري

B الحكم الاداري النهائي الحضوري ✗ ✓

C الحكم الاداري النهائي

Q-9 دعوى المسؤولية الادارية:

A من الاختصاص القضاء الاداري في كل درجات التقاضي ✗ ✓

B من اختصاص القضاء العدلي ابتدائيا

C من اختصاص المحاكم العدلية ابتدائيا واستئنافيا فقط

Q- 10 المحكمة الادارية:

A محكمة استئنافية

B محكمة حق عام للقضاء الاداري

C جهاز مركب للقضاء الاداري ✗ ✓

Q-11 الذات المعنوية :

A مشبهة بالقاصر

B مشبهة بالصغير غير المميز ✗ ✓

C مشبهة بالذات الطبيعية

Q-12 العقد الرضائي:

A هو الذي يتم بمجرد انعقاد الرضا على اركانه ✗ ✓

B هو الذي يكون فيه الرضا الصحيح ركنا لازما

C هو الذي لا يكون فيه الرضا معيبا

Q-13 تجديد الالتزام:

A سبب من اسباب انقضاء الالتزام ✗ ✓

B وصف من اوصاف الالتزام

C صورة من صور التمديد الاتفاقي لاجل الالتزام

Q-14 التعهد عن الغير :

A تصرف بنيابة قانونية عن الغير

B تصرف ملزم للغير

C تصرف غير ملزم للغير ✗ ✓

Q-15 الالتزام الطبيعي هو :

A إلتزام معلق على شرط

B هو التزام عرفي

C هو التزام مدني ينقصه عنصر المسؤولية ✔ ✗

Q-16 لا عهدة مالية على :

A التاجر المفلس

B على الصغير غير المميز ✔ ✗

C على الصغير حتى يترشد

Q-17 الهبة :

A عقد تبادلي

B عقد عيني ✔ ✗

C عقد رضائي

Q-18 ينتج عن ثبوت المماطلة في تنفيذ العقد:

A انفساخ العقد بحكم القانون

B البطلان النسبي للعقد

C امكانية طلب الجبر على الوفاء، اوطلب الفسخ وطلب التعويض في الحالتين ✔ ✗

Q-19 المماطلة هي:

A التاخر عن الوفاء بالالتزام بدون سبب صحيح ✔ ✗

B الامتناع عن الوفاء

C الامتناع بسوء نية عن الوفاء

Q-20 الطلاق ثلاثا :

A مانع مؤبد من موانع الزواج ✔ ✗

B مانع مؤقت من الزواج

C مانع من موانع الارث

Q-21 قرار التوظيف الاجباري: ✔

A قرار اداري قابل للالغاء ✔ ✔

B سند تنفيذي اداري .

C عمل اداري ولائي.

Q-22 بطاقات الالزام(البطاقات التنفيذية) :

A باتة وغير قابلة للطعن

B قابلة للاعتراض لدى محكمة الاستئناف. ✔ ✗

C قابلة للاستئناف لدى المحكمة الادارية.

Q - 23 المقاصة بديون المطالب بالأداء على الادارة :

A غير جائزة مطلقا ✘ ✔

B غير جائزة عند تتبعها الاستخلاص الجبري لديونها.

C عند خضوع المطالب بالأداء لمراجعة اولية.

Q 24 يخضع للمراقبة الجبائية :

A كل مطالب بالأداء. ✘ ✔

B المطالب بالأداء الخاضع للنظام التقديري.

C المطالب بالأداء المتمتع بامتيازات جبائية.

Q - 25 اعادة المراجعة المعمقة في خصوص نفس الأداء ونفس المدة :

A غير ممكنة مطلقا

B ممكنة في كل الاحوال .

C ممكنة استثنائيا بشروط. ✘ ✔

Q- 26 يمثل الأصل التجاري :

A – مالا منقولا ✘ ✔

B – حقا مجردا

C- مؤسسة مالية

Q-27 يتم بيع الأصل التجاري رضائيا:

A يكتب يحرره محام مرسّم غير متربص ✘ ✔

B بحجة رسمية وجوبا

C بإذن صادر عن قاضي السجل التجاري

Q- 28 اذا تجمعت المساهمات في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد شريك واحد:

A تنحل الشركة بحكم القانون

B يجب تحويلها الى شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة ✘ ✔

C تنقلب الى مؤسسة فردية

Q- 29 شركة المحاصة :

A شركة محمولة على السرّية ✘ ✔

B تثبت بكتب خطي

C تثبت بالكتابة والتسجيل

Q- 30 تمثل الرقاع

A حقوق دائنية على الشركة ✔

B مساهمات في راسمال الشركة

C مساهمات عينية

Q -31 يتم تفليس التاجر :

A بقرار من جماعة الدائنين

B بحكم استعجالي

C بحكم تصدره الدائرة التجارية ✔ ✗

Q -32 تتخذ وجوبا شكل شركة خفية الإسم:

A البنوك ✔ ✗

B المؤسسات الاجتماعية

C الشركات الفلاحية

Q - 33 افتتاح التسوية الرضائية:

A يستوجب التوقف عن الدفع

B يتم في أي وقت وفي كل الاحوال

C يستوجب المرور بصعوبات اقتصادية دون بلوغ التوقف عن الدفع ✔ ✗

Q -34 الكمبيالة التي لا تحتوي على تاريخ الحلول:

A تعتبر باطلة

B تكون واجبة الاداء لمجرد الاطلاع ✔ ✗

C تعتبر بداية حجة كتابية

Q -35 ينتج عن الرجوع في التنبيه بانهاء الكراء التجاري بعد الحكم بالغرامة في الاجل القان

A عدم دفع غرامة الحرمان المحكوم بها ✔ ✗

B تجديد الكراء بشروط المتسوّغ

C سقوط الحق في تعديل الكراء مستقبلا

Q -36 تختص بنظر استئناف حكم التحيين:

A محكمة الاستئناف العادية لمكان وجود العقار

B الدائرة الاستئنافية بالمحكمة العقارية ✔ ✗

C المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئناف

Q - 37 الطعن بالاستئناف:

A طعن غير عادي

B طعن استئنافي

C طعن رجوع في الحكم ✔ ✗

Q -38 النسخة التنفيذية من الحكم المدني تسلم:

A لاي طرف في الحكم

B لمن صدر لفائدته الحكم ✔ ✘

C لكل ذي مصلحة

Q - 39 الاذن على العريضة قابل:

A لدعوى بطلان

B لطلب الرجوع فيه ✔ ✘

C لالتماس اعادة النظر.

Q -40 يزول الاستئناف العرضي :

A بالرفض شكلا

B بزوال الاستئناف الاصلي

C بزوال الاستئناف الاصلي ما لم يكن زواله بسبب الرجوع فيه ✔ ✘

Q -41 مبدأ عدم رجعية النص الجزائي :

A مبدا دستوري ✔ ✘

B من تكريس فقه القضاء الجزائي.

C له مرجعية فقهية

Q. - 42 الجريمة الحينية هي:

A التي تستكمل نشأتها بمجرد ارتكاب ركنها المادي ✔ ✘

B هي التي تتكون من عمل واحد

C هي التي تشترط لمؤاخذة مرتكبها تحقق غايتها

Q. - 43 يشكل الفعل الواحد الذي تتكون منه عدة جرائم:

A حالة للتوارد الحقيقي

B حالة للتوارد الصوري ✔ ✘

C جريمة مستمرة

Q 44 عند ارتكاب المتهم لعدة جرائم متباينة يعاقب :

A بالعقوبة المستوجبة للجريمة الاكثر عقابا

B لاجل كل جريمة بانفرادها ✔ ✘

C لكل جريمة بانفرادها وتضم العقوبات وجوبا

Q 45- التجنيح في قضاء الطفل :

A آلية قضائية

B آلية تشريعية كرستها مجلة حقوق الطفل ✔ ✘

C آلية مخالفة للقانون

Q - 46 يمثل الدفاع الشرعي:

A عذرا مبرّرا

B مانعا من موانع المسؤولية ✔ ✘

C ظرفا مخففا

Q - 47 تتم جريمة المحاولة:

A بمجرد الشروع في التنفيذ

B بالعدول الاضطراري عن مواصلة التنفيذ ✔ ✘

C بالعدول الاختياري عن مواصلة التنفيذ

Q - 48 القياس في المادة الجزائية :

A جائز في كل الاحوال

B جائز في بعض الاحالات

C غير جائز ✔ ✘

Q - 49 جريمة التعذيب

A تسقط بمرور عشرين سنة

B لا تسقط بمرور الزمن ✔ ✘

C لا تسقط في حق المتهم الفار فقط

Q - 50 التعويض الجزائي يمثل :

A عقوبة تكميلية

B عقوبة أصلية ✔ ✘

C تعويضا عن ضرر شخصي

الصق هنا اللاصقة الحاملة للاسم و اللقب	مناظرة القبول بالسنة الثانية بالمعهد الأعلى للمحاماة 2017-2016	الجمهورية التونسية وزارة العدل وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
	اختبار في الأسئلة متعددة الاختيارات المدة : ساعة ونصف	المعهد الأعلى للمحاماة

ISPA 2 A -

ملاحظات :

1) يتضمن الاختبار:

- ورقتين كبيرتي الحجم A3 خاصتين بالأسئلة مرقمتان من 1 إلى 50 .
- ورقة واحدة A 4 خاصة بالإجابة .

2) يجب التأكد من التطابق بين :

- أوراق الأسئلة ISPA - A و ورقة الإجابة ISPA - A.
- أوراق الأسئلة ISPA - B و ورقة الإجابة ISPA - B .
- أوراق الأسئلة ISPA - C و ورقة الإجابة ISPA - C .

3) يحتوى الاختبار على 50 سؤالا .

4) كل سؤال يحتمل **إجابة واحدة** لا غير .

تعليمات:

1) **تثبت اللاصقة الحاوية للرمز Code à Barre في المكان المخصص لها على ورقة الإجابة (في وسط الركن الأيمن) .**
2) **تثبت اللاصقة الحاملة للاسم و اللقب في المكان المخصص لها بالصفحة الأولى (في وسط الركن الأيسر).**
3) **لا تسلم إلا ورقة إجابة واحدة لكل مترشح و يستحسن الإجابة على ورقة الأسئلة قبل نقل العلامات على ورقة الإجابة.**
4) توضع علامة (X) في المربع الخاص بالإجابة الصحيحة .
5) يستعمل القلم الجاف (Bic) الأسود أو الأزرق دون سواهما .
6) عدم استعمال الماحي (Blanco) و عدم التشطيب .
7) عدم طي ورقة الإجابة .
8) ترجع ورقة الإجابة و أوراق الأسئلة .

Q1 إذا وضع قانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم البات وكان نصه ارفق بالمتهم فالحكم يقع :

A إما بمقتضاه او بمقتضى النص القديم.
B بمقتضاه دون غيره. ■
C بمقتضاه شريطة ان يتمسك به المتهم.

Q2 حكم الإعدام :

A لم يعد معمولا به كعقوبة
B هو عقوبة اصلية نافذة ■
C بقي معمولا به في الجرائم الارهابية فقط

Q3 يمكن للمحكمة أن تستبدل بنفس الحكم عقوبة السجن بعقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة اذا قضت بالسجن النافذة لمدة اقصاه :

A عام واحد. ■
B 06 أشهر.
C 03 أشهر.

Q4 يمكن للمحكمة أن تستبدل بنفس الحكم عقوبة السجن المحكوم بها بعقوبة التعويض الجزائي إذا قضت بالسجن بالنسبة للجنح لمدة أقصاها :

A عام واحد.
B 06 أشهر. ■
C 03 أشهر.

Q5 تحط مدة السجن بالنسبة للمتهم الذي سنه أكثر من 13 عاما وأقل من 18 عاما إذا كان العقاب المستوجب هو السجن لمدة معينة إلى :

A النصف.
B النصف على أن لا يتجاوز العقاب المحكوم به الخمسة أعوام. ■
C النصف على أن لا يقل العقاب المحكوم به عن الخمسة أعوام.

Q6 ارتكاب السكر المكرر يوجب العقاب :
A بالسجن مدة 15 يوما وبخطية قدرها 800ر4 د.
B بالسجن مدة 15 يوما باعتبارها أقصى العقوبة.
C بالسجن مدة 06 أشهر. ■

Q7 يترتب على المحاولة المجرّمة عقاب :

A في كل الصور
B في الجنايات فقط
C في صورة العدول الاضطراري عن تنفيذ الجريمة ■

Q8 هضم جانب موظف عمومي أو شبهه بالقول أو الإشارة أو التهديد حال مباشرته لوظيفته أو بمناسبة مباشرتها:
A جنحة جزائية ■
B لايعد جريمة
C جريمة غير قصدية

Q9 الإيهام بجريمة تتوفر بـ :

A اعلام السلطات العمومية بمخالفة لم توجد أو بإنشاء حجة كاذبة تتعلق بجريمة وهمية. ■
B ادعاء أو نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف شخص.
C الوشاية الباطلة لدى سلطة من نظرها تتبع هذه الوشاية.

Q10 يعاقب مرتكب مواقعة انثى غصبا باستعمال العنف او السلاح او التهديد به ب :

✔ A الاعدام

B السجن بقية العمر.

C السجن مدة 20 عاما.

Q11 اثارة الدعوى العمومية :

A تتوقف وجوبا على وجود التشكي.

B لا تتوقف على وجود التشكي.

✔ C لا تتوقف على وجود التشكي فيما عدا الصور التي نص عليها القانون.

Q12 تنقضي الدعوى العمومية :

A برجوع الشاكي في شكايته في كل الاحوال

✔ B برجوع الشاكي في شكايته إذا كانت الشكاية شرطا لازما للتتبع.

C برجوع الشاكي في شكايته أمام وكيل الجمهورية.

Q13 يترتب عن أعمال التحقيق أو التتبع :

A تعليق مدة سقوط الدعوى العمومية.

✔ B انقطاع مدة التقادم.

C سقوط العقوبة بمرور الزمن.

Q14 الصلح بالوساطة في المادة الجزائية من اختصاص :

✔ A وكيل الجمهورية قبل اثارة الدعوى العمومية.

B وكيل الجمهورية قبل أو بعد إثارة الدعوى العمومية.

C المحكمة المتعهدة بالقضية في الجرائم العائلية فقط

Q15 تسقط الدعوى العمومية في الجرائم الارهابية الناتجة عن جناية بمرور :

A 10 أعوام

✔ B 20 عاما.

C 30 عاما.

Q16 تقوم شركات الاشخاص

A على المصالح المشتركة

✔ B على الاعتبار الشخصي

C على العزم الصادق على الاشتراك

Q17 شركة المحاصة

A من شركات الاموال

B شركة تجارية بشكلها

✔ C شركة سرية عارية عن الشخصية القانونية

Q18 الشركاء في شركات الأشخاص

✔ A مسؤولون بالتضامن

B مسؤولون - مشتركون في ادارة الشركة

C مسؤولون في حدود مساهمتهم

Q19 تستخرج المواد الأولية على وجه الاحتراف

✔ A نشاط تجاري

B نشاط مدني

C نشاط مختلط

Q20 مسك حسابية مطابقة للعرف المهني والقانون

✔ A واجب على كل تاجر

B واجب على الشركات التجارية فقط

C واجب ازاء ادارة الجباية فقط

Q21 تخضع لواجب الاشهار:

A كل الشركات

B شركات الأموال فقط

✔ C كل الشركات عدا شركة المحاصة

Q22 الكمبيالة

✔ A ورقة تجارية بالشكل

B تجارية بالتبعية

C تاخذ طبيعتها من طبيعة المدونة

Q23 التضامن بين التجار

✔ A مفترض

B واجب الاثبات

C خاضع لتقدير المحكمة

Q24 يعوض عن المماطلة بالديون التجارية

A باعتماد عناصر تقدير الضرر المادي

✔ B باعتماد الفائض القانوني التجاري

C - [illegible]

Q25 امين التفليسة

A يعوض شخص المفلس في الاجراءات القضائية

B يمثل جماعة الدائنين والمدين المفلس

C يمثل جماعة الدائنين فقط

Q26 الدعوى الحوزية

A دعوى شخصية

B دعوى عقارية

C دعوى مختلطة

Q27 اجراءات الامر بالدفع

A اجراءات وجاهية تخاصمية

B اجراءات ولائية

C اجراءات استعجالية

Q28 الاختصاص بالدعوى المختلطة

A تلحق بالدعوى الشخصية

B تلحق بالدعوى الاستحقاقية

C تلحق بالدعوى الشخصية مالم يكن الحق العيني متنازعا فيه

Q29 يمنع مبدا التقاضي على درجتين:

A التمسك بوسائل دفاع جديدة

B تغيير سبب الدعوى لدى الاستئناف

C تقديم طلبات جديدة لدى الاستئناف

Q30 النفاذ المعجل للحكم الابتدائي بحكم القانون

A يسري اذا حكمت به المحكمة فقط

B يسري بحكم القانون ولو لم تصرح به المحكمة

C يسري اذا طلبه الخصوم وصرحت به المحكمة

Q31 الدفع ببطلان القرار الاداري لدى المحاكم العدلية:

A غير جائز

B يجوز في الحالات التي ينص عليها القانون

C جائز مبدئيا

Q32 يخضع استئناف قرارات مجلس هيئة المحامين التأديبية

A لاختصاص المحكمة الادارية

B لاختصاص محكمة الاستئناف العادية

✔ C لاختصاص دائرة استئنافية خاصة بمحكمة الاستئناف العادية

Q33 يرجع الاختصاص الاستعجالي في المادة الادارية

✔ A الى الرئيس الاول للمحكمة الادارية

B الى رئيس الدائرة الابتدائية

C الى رئيس الدائرة المتعهدة

Q34 المكلف العام بنزاعات الدولة

A ليس له صفة القيام مباشرة لدى المحكمة الادارية

B له صفة القيام مباشرة ابتدائيا فقط

✔ C له صفة القيام مباشرة عن طريق الدعوى وعن طرق الطعن

Q35 المصلحة في القيام بدعوى تجاوز السلطة

✔ A يجب ان تكون حالة ومباشرة ومحققة

B يمكن ان تكون محتملة

C يجب ان تكون محققة

Q36 يفترض النظام الجبائي الحقيقي

A مسك الدفاتر التجارية العرفية

B مسك حسابية بالاعلامية

✔ C مسك حسابية نظامية وموثقة

Q37 يخضع للمراجعة الجبائية

A التجار فقط

✔ B كل المطالبين بالأداء

C المطالبون بالضريبة على الشركات

Q38 الصلح في المادة الجبائية

A جائز ✔

B يجب أن تقر به المحكمة

C غير جائز لاتصال الاداءات بمصلحة الخزينة

Q39 قرار التوقيف الاجباري

A قابل للاستئناف عملا بمبدأ التقاضي على درجتين

B قابل للطعن بالالغاء لدى المحكمة الادارية

C قابل للاعتراض لدى الدائرة الجبائية بالمحكمة الابتدائية ✔

Q40 التصريح الجبائي بالدخل السنوي

A واجب على كل مطالب بالضريبة على الدخل ✔

B واجب على كل مطالب بالضريبة على الدخل عدا موظفوا الدولة

C غير واجب في صورة الخصم من المورد بعنوان الضريبة على الدخل

Q41 ينعقد الرضا العقدي

A بالتقاء الإيجاب المكتمل مع قبول مطابق ✔

B بالتقاء الإيجاب مع قبول ولو مشروط

C بالشروع في تنفيذ العقد

Q42 الفسخ

A جزاء استحالة التنفيذ فقط

B جزاء المماطلة في الوفاء فقط

C جزاء عدم تنفيذ الالتزام العقدي ✔

Q43 الشرط الفسخي

A لا ينتج عنه فسخ العقد الا بحكم القاضي

B يكون به الفسخ حتميا ✔

C يكون معه الفسخ موكولا لتقدير المحكمة

Q44 من بلغ من السن ثمانية عشرة سنة

A له اهلية كاملة ✔

B له اهلية كاملة ما عدا في مادة الزواج

C له اهلية ممارسة التجارة دون ترشيد

Q45الشكل شرط صحة في :

A في العقد الرضائي

B في العقد الشكلي ✔

C في العقد العيني

Q46 اذا تعدد مركبوا الفعل الضار وتعذر تحديد مدى مساهمة كل منهم في احداث الضرر

A يعفى جميعهم من الضمان

B كان عليهم ضمان الضرر بالخيار ✔

C يحمل الضمان على صندوق الدولة

Q47 التعويض عن الضرر الجمالي المتولد عن حادث مرور

A غير جائز

B موكول لتقدير المحكمة

C ضبطت مجلة التامين طريقة احتساب التعويض عنه ✔

Q48 الخطأ

A ركن من اركان المسؤولية ✔

B اساس تقوم عليه بعض اصناف المسؤولية المدنية ✔

C شرط للقيام بدعوى المسؤولية

Q49 الضرر في المماطلة بدفع مبلغ مالي

A مفترض

B واجب الاثبات

C مفترض ويغرم بالفائض القانوني ✔

Q50 اجل الحيازة المكسبة للملكية بين الورثة والشركاء

A ثلاثون سنة ✔

B عشرون سنة

C خمسة عشرة سنة

الفهرس



الأستاذ رمزي محمدي

- أصيل ولاية مدنين من مواليد 1991
- محام تونسي – متحصل على شهادة الكفاءة المهنية لمهنة المحاماة سنة 2017
- متحصل على شهادة الماجستير في القانون الخاص 2016
- دارس بالماجستير المهني في القانون الرياضي 2017
- كاتب وباحث في القانون ومن مؤسسي مجلة نقطة قانونية

الكتاب متوفر في المكتبات التالية

تونس : مكتبة مروى بالزين – مركب عليسة المنار: رقم الهاتف 21646384

سوسة : مكتبة القدس – حي الرياض: رقم الهاتف : 41416133

صفاقس Photocopie Club Net سيدي منصور رقم الهاتف : 55923310

